

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MAYARA ROTH ISFER

**A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL E O USO DA MULTA
COERCITIVA: ANÁLISE CRÍTICA E APLICAÇÃO ÀS SOCIEDADES
EMPRESARIAIS**

Curitiba
2012

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

**A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL E O USO DA MULTA
COERCITIVA: ANÁLISE CRÍTICA E APLICAÇÃO ÀS SOCIEDADES
EMPRESARIAIS**

Monografia apresentado ao Curso de graduação
em Direito, da Universidade Federal do Paraná,
como requisito parcial para a obtenção do título de
bacharel.

Aluna: Mayara Roth Isfer

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

Coorientador: Prof. Dr. Edson Isfer

Curitiba

2012

MAYARA ROTH ISFER

**A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL E O USO DA MULTA
COERCITIVA: ANÁLISE CRÍTICA E APLICAÇÃO ÀS SOCIEDADES
EMPRESARIAIS**

Monografia de conclusão de curso aprovada como
requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal do Paraná, pela
Comissão formada pelos professores:

ORIENTADOR: _____

Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

Prof. Dr. Clayton Albuquerque Maranhão

Prof. Bruno Marzullo Zaroni

Curitiba, 03 de dezembro de 2012.

Aos meus pais, pelo exemplo e dedicação.

Aos meus irmãos, companheiros inigualáveis.

Ao Gustavo, minha inspiração.

Resumo

A multa coercitiva é técnica de execução indireta essencial ao sistema executivo brasileiro. No entanto, a nosso ver, ela tem sido utilizada sem a pertinente reflexão, sobrepondo e inutilizando a plasticidade conferida por nossa legislação. Parcela da doutrina deixa de lado a importante função da multa de preservação da autoridade judiciária, o que leva ao entendimento de que sua cobrança dependeria de confirmação da condenação pelas instâncias superiores. Outros ainda confundem sua função com a indenizatória, estabelecendo teto máximo para sua incidência. No nosso entendimento, contudo, apenas com o afastamento de tais percepções é que a utilização desta técnica será realmente efetiva, levando à verdadeira superação da vontade do devedor. Finalmente, utilizando o exemplo das sociedades empresariais, analisamos quem deve ser o sujeito passivo da multa coercitiva: se a pessoa jurídica ou se o gerente da sociedade. Conjugando as doutrinas de direito processual e empresarial, bem como aliando a análise teórica aos problemas práticos, concluiu-se que ambas as hipóteses trazem severos problemas, os quais devem ser sopesados no processo de escolha da medida executiva a ser utilizada em cada caso. Deste modo, restam claros, novamente, os benefícios de um sistema aberto de técnicas executivas.

Palavras-chave: multa coercitiva; execução indireta; sistema aberto de técnicas executivas; preservação da autoridade; sociedade empresarial; imposição contra o administrador.

ERRATA

Sumário

1. Introdução.....	7
2. O atual sistema brasileiro de efetivação da tutela jurisdicional: objetivos e características gerais.....	7
2.1 Tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental.....	7
2.2 Garantia do cumprimento das decisões como alicerce da materialização de direitos....	10
2.3 Meios executivos.....	13
(a) Técnica de execução direta	13
(b) Técnica de execução indireta	16
2.4 Atipicidade das formas executivas: imposição teleológica	19
2.5 O processo de escolha da técnica executiva.....	22
(a) Breves aportes do direito norte-americano	22
(b) Critérios para o direito brasileiro	28
(c) Da teoria à realidade: atipicidade e hipertrofia da multa coercitiva.....	32
3. A multa coercitiva.....	35
3.1 Figuras análogas.....	35
(a) astreinte.....	35
(b) sanção pecuniária compulsória	39
(c) multa no direito alemão	42
3.2 Características	45
(a) superação da vontade do devedor.....	45
(b) Preservação da autoridade judiciária.....	49
3.3 Consequências.....	54
4. Multa Coercitiva e sujeição passiva: o exemplo das sociedades empresariais	56

4.1 Superação de que vontade? Notas Introdutórias	56
4.2 A sociedade enquanto sujeito passivo	59
(a) Natureza jurídica do ato constitutivo das sociedades empresariais e vontade: breve análise.....	59
(b) Alguns problemas práticos na utilização da multa coercitiva.....	65
4.3 Multa contra o administrador	69
(a) Razões.....	69
(b) Alguns problemas práticos na utilização da multa coercitiva.....	74
4.4 Novamente: a necessária atipicidade do sistema.....	76
5. Considerações Finais.....	77
6. Referências bibliográficas	78

1. Introdução

A aproximação e o distanciamento entre processo e direito material são fases que se alternam constantemente. Atualmente, vivenciamos momento de intensa ligação entre os dois temas, o que é refletido pela flagrante preocupação não apenas do legislador, mas dos juristas em geral, em concretizar os direitos materialmente assegurados por meio de técnicas processuais. E não nos parece que os estudos que permeiam o tema possam se ater a questionamentos apenas teóricos; ao contrário, devem partir deles para chegar a investigações práticas, que ao menos tenham a pretensão de auxiliar na melhoria do sistema.

Partindo destas premissas, o presente trabalho tratará de um dos tópicos intrínsecos a este fenômeno, inserido no âmbito da tutela executiva: a superação da vontade do executado para conferir efetividade às decisões judiciais e, em especial, a utilização da multa coercitiva nesta tarefa. Acreditamos que esta técnica tem sido utilizada sem a pertinente reflexão, sobrepondo e inutilizando a plasticidade de nosso sistema. Objetivando expor algumas situações relacionadas à matéria, dividimos a análise substancialmente em três partes.

Na primeira, e introdutória, indicamos as principais nuances de nosso sistema executivo, especialmente o fato de prever importante abertura no que se refere às técnicas diretas e indiretas de execução e, por isso, gerar um processo decisório do julgador no que se refere à eleição do meio mais adequado. Na segunda, será feita reflexão mais detida sobre o instituto da multa coercitiva, investigando-a em comparação com institutos análogos do direito comparado e depurando sua natureza (para extrair as consequências que dela advêm). Na última, analisaremos o problema da imposição da multa coercitiva nas sociedades empresariais, notadamente no que toca ao sujeito passivo da medida, verificando quais as possíveis dificuldades geradas com a escolha de um ou de outro sujeito. Pelo exame conjugado dos três suportes, almejamos apresentar de maneira satisfatória alguns dos aspectos relacionados ao tema, recordando a importância de que a teoria não se desprenda de sua aplicação material, e de seus problemas em potencial.

2. O atual sistema brasileiro de efetivação da tutela jurisdicional: objetivos e características gerais

2.1 Tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental

Já houve o tempo¹ em que o fato de o legislador ter conferido à parcela da população determinado direito não significava que este direito seria efetivado; naquela época não havia verdadeira preocupação com a transformação daquilo que estava no papel em realidade. O direito de ação poderia ser resumido ao ato que invoca jurisdição. Melhor explicando, seria simplesmente o direito de poder ir a juízo e formular um pedido, com base em fundamentos fáticos e jurídicos².

Contudo, como atualmente se mostra intuitivo àqueles que se prestam a realizar estudos relativos à disciplina jurídica, o direito de ação e a tutela jurisdicional não são - e não devem ser - mais vistos dessa mesma perspectiva. O artigo 5.º, XXXV, do Ordenamento Constitucional Brasileiro, ao colocar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” não pode mais ser entendido como um mero *ius petendi* do autor.

O requerente que busca a solução de uma lide no Poder Judiciário não se sacia simplesmente com o fato de poder recorrer à jurisdição estatal; ele busca proteção e satisfação de seus direitos na realidade, isto é, uma tutela³ jurisdicional efetiva⁴. E é a uma tutela jurisdicional efetiva que as partes do processo têm direito ao buscar o judiciário; é esta a melhor interpretação para o dispositivo invocado.

Visando à tutela dos direitos assegurados pela Constituição, o Estado-juiz tem o dever de adequar o processo específico à satisfação do respectivo direito⁵. É por isso que se diz,

¹ Especialmente antes das reformas no Código de Processo Civil de 1994 e de 2002.

² MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2010. v.1, p. 219.

³ Discorre ARENHART sobre algumas das acepções que a expressão *tutela* possui atualmente: “Pode-se considerar tutela como a proteção efetiva do direito postulado, como a satisfação adequada da pretensão exposta perante o Judiciário. Neste sentido, a tutela (aqui denominada de tutela dos direitos) de identifica com a resposta positiva do Estado à pretensão do autor. Em uma terceira espécie, derivada da acepção supra, o termo tutela jurisdicional há de ser entendido como a resposta do Estado ao direito de ação - compreendido este não somente como o direito de provocar a jurisdição, mas sim como o direito à adequada prestação jurisdicional, envolvendo o direito a um procedimento, a um provimento e a meios executórios adequados às peculiaridades da pretensão de direito material.” (ARENHART, Sérgio Cruz. *Tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000, p. 39).

⁴ Sobre o tema, WAMBIER: “Já dissemos, e convém repetir, que contemporaneamente a garantia constitucional de acesso à tutela jurisdicional do Estado significa direito de acesso à efetiva tutela jurisdicional, isto é, direito de obter do Estado tutela jurisdicional capaz de promover a concretização de seus comandos, do modo como previstos no plano do direito material.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues. *O Contempt of Court na recente experiência brasileira - Anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, jan. 2005. vol. 119, p. 35 e ss.

⁵ Lecionam sobre o tema MITIDIERO e OLIVEIRA: “A efetividade qualificada, numa perspectiva dinâmica, implica, em primeiro lugar, o direito da parte à possibilidade séria e real de obter do juiz uma decisão de mérito, adaptada à natureza das situações subjetivas tuteláveis, de modo a que seja plenamente satisfeita a ‘necessidade de tutela’ manifestada na demanda.” (MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010. vol. 1, p. 61). Sobre o tema, igualmente, DINAMARCO: “Atuando do campo que lhe compete, o direito processual predispõe meios hábeis à imposição das normas, soluções e resultados indicados pelo direito material. Para tanto, concebem-se técnicas e oferecem-se espécies diferentes de processos, provimentos, procedimentos variáveis mediante a necessidade de cada espécie de situação da

numa perspectiva instrumental do processo civil, que se deve adequar a técnica processual à tutela dos direitos⁶. Sobre o tema, há diversas questões a serem levadas em consideração.

Primeiramente, poder-se-ia pensar em direitos que requerem sua satisfação imediata ou, ao menos, da forma mais rápida possível. Nestes casos, para que o direito do autor tenha a mínima chance de ser concretizado, seria absolutamente necessário restringir, em um primeiro momento, o direito do réu à ampla defesa e ao contraditório⁷. Assim, faz-se necessária a utilização de técnicas como a da antecipação de tutela, ou medidas liminares, em alguns procedimentos especiais.

Em outros casos, o problema não está relacionado ao tempo para a satisfação do direito, mas sim aos possíveis danos que poderiam ser causados caso o magistrado não o tutelasse de forma imediata. Aqui, diferentemente do que se dá nos casos de antecipação da tutela, não seria necessária a satisfação imediata do direito do autor, mas a simples segurança de tal direito, para que este não fosse afligido de forma irreparável. Neste tipo de situação, técnicas como as que viabilizam a tutela cautelar são imprescindíveis para a proteção do direito material⁸.

Em certas circunstâncias o problema está mais relacionado com a forma de tutela de certos direitos que normalmente nem seriam levados a juízo por seus titulares em razão, *e.g.*, da inviabilidade e da falta de interesse econômico. Técnicas de coletivização de direitos individuais são, então, bastante úteis.

Além das situações acima comentadas, há inúmeras outras. E, em verdade, não poderia ser diferente, tendo em vista a gama de direitos atualmente previstos em nossa codificação. Assim, resta claro de todo o acima exposto que o direito de ação tem como verdadeiro escopo a efetivação dos demais direitos. Neste sentido, os ensinamentos de MARINONI:

vida comum *etc.* - tudo a partir de uma regra de adaptabilidade que é inerente à condição instrumental do processo (...)." (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. vol. 1, p. 177 e 178).

⁶ Sobre a necessidade de adequar a técnica processual ao direito substancial respectivo, MARINONI: "Para resumir, basta evidenciar que há direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, tempestividade e, quando for necessário, preventiva. A compreensão desse direito depende da adequação da técnica processual aos direitos, ou melhor, da visualização da técnica processual a partir da necessidade do direito material. (...) Tal direito não poderia deixar de ser pensado como fundamental, uma vez que o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela." (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 184).

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2010. vol. 2, p. 228.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo cautelar*, 2011. vol. 4, p. 22; CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfico Argentina, 1945.

A concepção de direito de ação como direito a sentença de mérito não poderia ter vida muito longa, uma vez que o julgamento de mérito somente tem importância - como deveria ser óbvio - se o direito material envolvido no litígio for realizado - além de reconhecido pelo Estado-Juiz. Nesse sentido, o direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa direito à efetividade em sentido estrito⁹.

Como é possível vislumbrar do excerto supra, para a adequada tutela dos direitos também é imprescindível observar de que forma os provimentos dados pelo Estado-juiz serão executados. É que de nada adianta conceder aos magistrados o poder-dever de proteger o direito se a eles não forem disponibilizadas ferramentas para fazer cumprir suas decisões.

2.2 Garantia do cumprimento das decisões como alicerce da materialização de direitos

Ao encontro do acima exposto, cada espécie de provimento jurisdicional procedente - que, novamente, existe essencialmente para concretizar direitos materiais - demanda uma forma adequada para que possa ser cumprido, ou se fazer cumprir. Assim, há um elo constante entre o direito material a ser satisfeito, o provimento dado pelo juiz, e a técnica processual que garantirá o cumprimento do respectivo comando¹⁰.

Ora, se o Estado vedou - via de regra - a autotutela, passando a ter monopólio sobre a jurisdição¹¹, e considerando que este mesmo Estado (sob as vestes de legislador) codificou

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual*. p. 180.

¹⁰ É o que explica GUERRA, ao comentar a necessidade de adequar o procedimento executivo ao direito substancial protegido: "Atente-se, ainda, para este fato muito significativo: a diferenciação de procedimentos executivos em função do tipo de direito a ser satisfeito é, em princípio, uma exigência da própria natureza instrumental da atividade executiva, em relação à sua finalidade básica de satisfazer o direito do credor consagrado em título executivo." (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1999, p. 26). No mesmo sentido, esclarecem MARINONI e ARENHART: "Se o meio de execução adequado é corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, devendo ser instituído pelo legislador ou - quando assim lhe autoriza a regra processual de caráter aberto - ser objeto de opção pelo juiz diante das particularidades do caso concreto, não há como desvincular o meio executivo da tutela do direito, seja para verificar se esta é idônea à proteção do direito material, seja para analisar se esta, apesar de ser idônea, é a que causa a menor restrição possível à esfera jurídica do réu." (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de execução*, p. 69).

¹¹ Sobre o tema, discorre SILVA: "A necessidade do processo judicial representa um custo para todos os titulares de direitos ou outros interesses legalmente protegidos pela ordem jurídica estatal, na medida em que, estabelecido o monopólio da jurisdição, como uma decorrência natural da formação do Estado, se afasta definitivamente a possibilidade das reações imediatas tomadas pelos titulares para a pronta observância e realização do próprio direito. A idéia de 'processo' afasta a idéia de 'instantaneidade' da reação que o titular do direito ofendido poderia ter, se não tivesse de submetê-lo, antes, ao crivo de uma investigação sempre demorada, tendente a determinar sua própria legitimidade. Assim, pois, sempre que o direito não se realiza naturalmente, pelo espontâneo reconhecimento do obrigado, seu titular, impedido como está de agir por seus próprios meios, terá de dirigir-se aos órgãos estatais, em busca de proteção e auxílio, a fim de que o próprio Estado, depois de constatar a efetiva existência do direito, promova sua realização." (SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Porto Alegre: Editor Sergio Antonio Fabris, 1987. vol. 1, p. 9).

diversos direitos a serem exercidos por seus *tutelados*, nada mais certo que ele (agora sob as vestes de juiz) satisfaça-os de forma concreta. E, para que tal efetivação se torne possível, é indelével o uso de ferramentas para que suas decisões sejam cumpridas¹².

De que adiantaria, por exemplo, o juiz simplesmente reconhecer que certo pai tem o direito de ver seu filho três vezes por semana sem que houvesse alguma modificação na realidade daquela família, com a mãe da criança desobedecendo à sentença proferida e o juiz nada podendo fazer?

A concretização, pois, da maior parte dos direitos depende inexoravelmente do poder do Estado-juiz de fazer cumprir seus comandos. E frise-se, não de qualquer forma, mas da forma mais adequada possível. É o que entendeu LIEBMAN, na metade do século passado, quando percebeu a incompletude do direito processual brasileiro de então: “as obrigações de fazer ou não fazer são, pois, em maior ou menor extensão, inexecutíveis. Daí o esforço de encontrar meios para induzir o devedor a cumpri-las voluntariamente, sob ameaça de pesadas sanções.”¹³ (sic).

Diante deste quadro, o princípio da incoercibilidade da vontade humana¹⁴ - dogma que possui sua origem em uma errônea interpretação dos glosadores do sistema romano¹⁵ e que se materializou de forma ainda mais intensa nos ideais do Estado Liberal, deixando à margem diversos direitos incompatíveis com a tutela mediante ressarcimento em pecúnia - passou a ser visto, como era de se esperar, de forma muito mais branda¹⁶. É que, possuindo o juiz o dever

¹² Sobre o princípio da efetividade, explica GUERRA que este garantiria o direito fundamental à tutela executiva, que poderia ser materializado “na exigência de um sistema completo de tutela executiva, no qual existam meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva.” (GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003. 102).

¹³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 169

¹⁴ Sobre o brocardo *nemo praecise*, segundo SILVA. Explica o autor português: “(...) a *ratio* do brocardo *nemo praecise* é evitar constrangimentos físicos e imorais sobre a pessoa do devedor, atentados odiosos e intoleráveis aos direitos de personalidade, afim de proteger a liberdade e a dignidade do homem, Proíbe a violência e opressão sobre a pessoa do devedor, em ordem a obrigá-lo a cumprir uma obrigação que implique a sua estrita participação pessoal, para salvaguardar a intangibilidade da pessoa humana.” (SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1997, p. 225-226). Sobre as dificuldades criadas pelo princípio da incoercibilidade do fazer humano, SILVA: “No que se refere às obrigações de fazer, as dificuldades e obstáculos de natureza prática foram sem dúvida mais persistentes e justificados, tendo em vista o princípio segundo o qual a ordem jurídica não deve, sob pena de grave violação da liberdade e da própria dignidade pessoal do devedor, obrigá-lo diretamente a fazer alguma coisa, constrangendo-o a praticar o ato contra a sua vontade.” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais*. São Paulo: RT, 1998. vol. 2, p. 139).

¹⁵ Sobre o tema, ver SILVA, João Calvão da. *Obra citada*, p. 215-224.

¹⁶ É o que explica, com maestria, SILVA: “Com a outorga ao juiz de poderes para tomar as medidas necessárias, torna-se evidente a possibilidade de coerção da vontade do devedor mediante técnicas de pressão psicológica indutivas, dentre as quais as multas e as restrições a direitos. Sendo assim, percebe-se que o princípio da incoercibilidade da vontade humana foi suavizado, perdendo seu significado prescritivo original.” (SILVA, Ricardo Alexandre da. *Condenação e Cumprimento de Sentença*. São Paulo: Conceito editorial, 2012, p. 174).

de tomar as medidas cabíveis para a apropriada proteção dos direitos, consideramos contraditória a proibição de que este aplique técnicas de pressão psicológica sobre o réu - ou sobre qualquer outro que esteja sujeito àquele comando específico¹⁷.

Com base em tais percepções, conscientizou-se o legislador da necessidade de existirem técnicas processuais gerais¹⁸ voltadas à proteção de direitos dependentes de deveres de fazer, de não fazer e de entregar coisa. Nestes termos, primeiramente em 1990, com a edição do Código de Defesa do Consumidor¹⁹, e quatro anos depois, com a nova redação do artigo 461 da codificação processual civil brasileira, tal concretização ocorreu²⁰. Finalmente, em 2002, a Lei 10.444 instituiu o regime previsto no artigo 461-A, bem como modificou o parágrafo 5º e acrescentou o importante parágrafo 6º do artigo 461 do CPC, os quais trouxeram de forma explícita a possibilidade de imposição por parte do juiz de multa coercitiva para a efetivação da tutela específica ou do resultado prático equivalente, bem como previram a faculdade de o julgador modificar oficiosamente o valor e a periodicidade do referido mecanismo.

Vê-se, portanto, que a existência de técnicas processuais está umbilicalmente relacionada ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Sem tais técnicas não há como se pensar na efetiva proteção e satisfação dos direitos substanciais; são aquelas, deste modo, verdadeiro sustentáculo da materialização destes.

¹⁷ TALAMINI contribui com seu entendimento, dirigido à atualidade, sobre o brocardo supra mencionado; de acordo com o autor, *nemo praecise* retrataria, primeiramente, um limite natural, qual seja, “a adoção de mecanismos que utilizem o corpo do obrigado, contra a sua vontade, a fim de que ele cumpra o dever de fazer que lhe incumbe.” Em segundo lugar, retrataria também um limite ético jurídico, vedando qualquer mecanismo que transforme o ser humano em objeto de seu corpo. Utiliza, como exemplo, técnicas de hipnose, por meio das quais não haveria nem vontade a ser coagida. Conclui que, com exceção destes dois limites, as técnicas de pressão psicológica ou de substituição da vontade do executado não seriam ofensivas à dignidade da pessoa humana - fazendo ressalva quanto à necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade. (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*. São Paulo: RT, 2003, p. 32 e 33).

¹⁸ Ou seja, não vinculadas a um rito específico, como é o caso do mandado de segurança, ou das ações possessórias.

¹⁹ De acordo com o artigo 84 do CDC: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (...) § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citando o réu. § 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.”

²⁰ “Tal norma (art. 461) foi instituída no CPC em razão da necessidade de se conferir tutela jurisdicional aos direitos cuja proteção depende da implementação de deveres de não fazer e de fazer. A sua necessidade era sentida, por exemplo, para permitir a adequada tutela dos direitos da personalidade.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, p. 277).

2.3 Meios executivos

(a) Técnica de execução direta

A doutrina costuma dividir estas técnicas, imprescindíveis para o cumprimento das decisões estatais (sejam finais ou interlocutórias²¹) em mecanismos de execução direta ou de execução indireta. Quando se trata da primeira, o juiz apenas substitui a vontade do sujeito passivo do comando com sua própria atividade ou atividade de terceiro, proporcionando ao credor um resultado idêntico ou equivalente. Ao se tratar da segunda, o juiz utiliza alguma técnica tendente a pressionar a vontade do devedor, para que ele próprio cumpra o comando que lhe é dirigido.

Por meio das medidas de execução direta, também chamadas de sub-rogatórias, o direito do credor pode ser satisfeito sem qualquer tipo de cooperação do devedor. Ou seja, a efetivação do comando judicial independe da vontade e, por consequência, de qualquer atividade do devedor²². É que, nestes casos, o juiz ou atua de modo a satisfazer a pretensão, ou atribui a atividade que deveria originalmente ser praticada pelo devedor a um terceiro²³.

As medidas sub-rogatórias utilizáveis em determinado ordenamento podem assumir variadas feições, a depender da natureza da prestação e das condições peculiares de cada caso

²¹ De acordo com GUERRA: “Assim, percebe-se, facilmente, que essa divisão das medidas judiciais em sub-rogatórias e coercitivas situa-se, na realidade, em um plano muito mais amplo que o do processo de execução, a saber, naquele da problemática geral das técnicas de que o juiz pode valer na sua atividade, destinadas a obter o resultado prático consistente na conduta de alguém ou em seu equivalente prático, seja para satisfazer direito consagrado em título executivo (tutela executiva), seja para fazer obedecer comando jurídico contido em decisão interlocutória ou final (tutela antecipada, cautelar, cumprimento de ordens judiciais de caráter instrutório).” (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 24).

²² Discorre sobre o tema GUERRA: “(...) diante da recusa do devedor em realizar a conduta que satisfaça o direito consagrado no título executivo, o Estado-juiz pode substituir a vontade do devedor com sua própria atividade, proporcionando ao credor resultado idêntico ou equivalente (econômica e juridicamente) ao que ele obteria com a satisfação espontânea de seu direito pelo devedor. Ao proceder assim, o órgão jurisdicional emprega medida ditas sub-rogatórias, com as quais a própria atividade desse órgão supre a falta do comportamento do devedor (inadimplemento), satisfazendo o direito do credor sem qualquer cooperação daquele devedor, ou seja, independentemente de sua vontade. Denomina-se, comumente, execução direta a prestação de tutela executiva através das medidas sub-rogatórias.” (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 25).

²³ Explica ARENHART: “As medidas sub-rogatórias são mecanismos de cumprimento de ordem judicial que dispensam a colaboração do ordenado, já que a prestação imposta pode ser atribuída a terceiro, de forma a realizar exatamente o resultado idêntico àquele que seria operado pelo sujeito passivo.” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica*. Disponível em: http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/142826/A_INTERVENCAO_JUDICIAL_E_O_CUMPRIMENTO_DA_TUTELA_ESPECIFICA. Acesso em 7 jul. 12).

concreto²⁴. Ademais, o terceiro²⁵ a quem o juiz irá atribuir a realização daquela atividade específica não é definido de antemão, também devendo o magistrado considerar as nuances de cada situação. O mais frequente, entretanto, é que este terceiro acabe por ser o próprio Estado, na figura de seus servidores ou contratados.

No caso, por exemplo, de a execução depender da entrega de coisa não escondida ou de acesso viável²⁶, a técnica executiva mais utilizada é a sub-rogação, por meio da busca e apreensão da coisa. Nesse caso, como dito, a entrega da coisa, ainda que essencial, independe da vontade do devedor; não há qualquer necessidade de pressão psicológica sobre o sujeito passivo, já que o próprio Estado, por meio de seus agentes, pode satisfazer plenamente os anseios do credor.

²⁴ No direito norte-americano, por exemplo, a depender do caso concreto, é comum que a execução da decisão seja confiada a agentes que tem o dever de desenvolver ou controlar o desenvolvimento das atividades, devendo prestar contas diretamente à Corte. TARUFFO explica, de forma detalhada, como se dá tal atividade: “Nestes casos [em que a execução da sentença comporta uma série de atividades complexas e diversificadas, podendo ser destinadas a durar certo tempo], a tendência das Cortes, sobretudo nos Estados Unidos, é no sentido de confiar a execução da sentença, ao invés de ao obrigado, a encarregados que operam na qualidade de *officers of the Court* (...)” (TARUFFO, Michele. *A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos*. Trad. Terza Arruda Alvim Wambier. In. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, jul-set. 1990. vol. 59, p. 75).

²⁵ Importante lembrar que atualmente aos terceiros também pode ser imposto praticar determinadas condutas ordenadas pelo Estado-Juiz. De acordo com ARENHART: “Parece ficar cristalina, portanto, a possibilidade de - ao menos na atualidade - impor-se a terceiros a prática de determinada conduta, com o objetivo de tutelar a parte vitoriosa (provisória ou definitivamente). Isso decorre quer da possibilidade de terceiros serem apanhados pelos efeitos de qualquer decisão judicial, quer da expressão da redação hoje conferida ao art. 14 do Código.” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros*. In.: *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Coord. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2004. p. 964). Sobre o tema, em especial sobre as repercussões da redação dada ao artigo 14 do CPC, também expõe WAMBIER: “Originariamente, a regra do art. 14 versava apenas os deveres das partes e seus procuradores. Com a reforma, ocorreu a inserção de parágrafo, em que foi implantada no sistema processual brasileiro figura até então desconhecida (do nosso ordenamento processual). Trata-se da figura do responsável pelo descumprimento de ordem judicial. Por outro lado, houve também a inserção de novo inciso (V), no art. 14, contendo expressa previsão do dever de cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. Em razão, portanto, da inclusão, no dispositivo legal, dessas duas novas regras (inc. V e parágrafo único), os deveres de boa conduta processual (isto é, da conduta processual baseada na ética e na lealdade) foram estendidos, a teor desse novo inc. V, para além das partes e de seus procuradores, alcançando todos aqueles que de qualquer forma participam do processo. Conforme já afirmamos, a introdução desses novos dispositivos, inclusive a criação da figura do responsável (partes e ‘quaisquer’ envolvidos no processo) efetivamente chegou em momento apropriado ao processo civil brasileiro. Desde há alguns anos percebe-se com clareza um intenso e profundo clamor pela adoção de normas capazes de conferir maior efetividade ao processo.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues. *O Contempt of Court na recente experiência brasileira - Anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais*. In. *Revista de Processo*. vol.119. São Paulo: RT, jan. 2005).

²⁶ Caso contrário, a medida dependeria da vontade do devedor de informar onde o objeto se encontra ou como resgatá-lo.

Igualmente, nos casos de execução por quantia certa²⁷ a técnica executiva direta é utilizada²⁸. Nessas situações, nos termos dos artigos 646 e seguintes do Código de Processo Civil, há sempre expropriação dos bens do devedor, com o objetivo de satisfazer o direito do credor. A expropriação pode se dar por meio da transferência judicial do bem penhorado ao próprio exequente, alienação por iniciativa particular ou em hasta pública, transferência judicial do direito de receber frutos produzidos pelos bens móveis ou imóveis do devedor, por meio do usufruto ou do desconto em folha de pagamento²⁹.

Havendo transferência judicial do bem penhorado ao credor, alienação em hasta pública ou usufruto dos bens do devedor, há sempre execução direta com auxílio do Estado enquanto terceiro, que pratica os atos independentemente da vontade do devedor. Nos casos de alienação por iniciativa particular ou desconto em folha, o sujeito utilizado não é o Estado, mas sim, na primeira situação o próprio credor, ou pessoa por ele contratada para fazer a alienação do bem³⁰, e na segunda um terceiro à relação processual, consubstanciando-se, normalmente, na figura do empregador do devedor, o qual tem o dever de reter parte dos rendimentos que seriam recebidos por seu empregado para entrega ao credor de alimentos.

Além desses meios sub-rogatórios mais comuns, pode o juiz, considerando necessário, utilizar outros menos usuais, mas, a depender do caso, consideravelmente mais eficazes. É o caso, por exemplo, da intervenção judicial nas sociedades empresárias³¹. Em verificando ser

²⁷ Válido ressaltar que aqui não se discute a eficácia de tais meios para a execução de obrigações de pagar quantia certa. Em verdade, como ainda será discutido, entende-se que uma das principais vantagens do sistema é a atipicidade das formas executivas nos casos de obrigação de fazer, não-fazer e entregar coisa. Quer-se destacar, contudo, que se houvesse necessidade de classificação dos meios previstos no CPC para satisfação das obrigações de pagar quantia certa, estes seriam classificados como meios sub-rogatórios.

²⁸ Enfatiza tal classificação, ARAKEN DE ASSIS: “Chegado a tal ponto, não se revela difícil agrupar os meios executórios em duas classes fundamentais: a sub-rogatória, que despreza e prescinde da participação efetiva do devedor; e a coercitiva, em que a finalidade precípua do mecanismo, de olho no bem, é captar a vontade do executado. A sub-rogação abrange a expropriação (art. 647 do CPC), o desapossamento (art. 625) e a transformação (art. 634).” (ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. São Paulo: RT, 2009. p. 139).

²⁹ Dispõe o § 2º do artigo 649 do CPC que a impenhorabilidade dos vencimentos, subsídios, salários, remunerações, etc. não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia. Ademais, nos termos do caput do artigo 734 da mesma codificação: “Quando o devedor for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, o juiz mandará descontar em folha de pagamento a importância da prestação alimentícia.” Desta feita, no caso de prestação de alimento não restam dúvidas quanto à possibilidade de desconto em folha de pagamento.

³⁰ O credor excepcionalmente não precisa nem recorrer ao judiciário para realizar a execução. No âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, com o advento do Decreto-lei 70/1966, atrasando o mutuário três ou mais prestações, o credor não precisará recorrer ao Judiciário, bastando que formalize a solicitação de execução da dívida a um agente fiduciário (DL 70/66, art. 31). Nesse caso, o próprio credor executa o bem garantido, sem necessidade de busca do judiciário.

³¹ Conquanto, via de regra, trate-se de meio sub-rogatório, a intervenção judicial, especialmente na modalidade fiscalizatória, é verdadeira medida coercitiva.

este o meio mais efetivo, pode o magistrado expropriar os direitos de administração do réu, conferindo-os a alguém de sua confiança³².

Muito embora tal intervenção cause certa estranheza àqueles que nunca pensaram em sua possibilidade, imperioso lembrar que a medida já ocorre, *e.g.*, administrativamente, nos casos de intervenção do Banco Central nas instituições financeiras e cooperativas de crédito³³. Ademais, a técnica da intervenção judicial também é prevista pelo regime antitruste brasileiro³⁴, não havendo qualquer motivo para, especialmente diante da redação do §5º do artigo 461, descartar tal possibilidade.

Diante do exposto, possível é perceber a grande efetividade dos meios sub-rogatórios, especialmente nos casos em que as obrigações impostas ao devedor são fungíveis ou não personalíssimas. Tais medidas prescindem da cooperação do devedor, o que faz com que seu cumprimento não seja permeado por maiores dificuldades relacionadas à superação da sua vontade.

(b) Técnica de execução indireta

Nada obstante, nem sempre as obrigações impostas ao devedor podem ser adimplidas por terceiros, em razão de impeditivos fáticos ou jurídicos, a depender do caso. Muitas vezes, a efetividade da prestação não é equivalente se cumprida por outras pessoas que não o próprio

³² Sobre o tema, ver ARENHART, Sérgio Cruz. *A intervenção judicial*. p. 3.

³³ A atuação do Banco Central enquanto agente regulador e, quando necessário, interventor, está prevista por uma gama de diplomas normativos. Primeiramente a Lei 6.024/74, que trata da intervenção e liquidação judicial das instituições financeiras e cooperativas de crédito, dispõe em seu artigo 2º: “Far-se-á a intervenção quando se verificarem as seguintes anormalidades nos negócios sociais da instituição: I - a entidade sofrer prejuízo, decorrente da má administração, que sujeite a riscos os seus credores; II - forem verificadas reiteradas infrações a dispositivos da legislação bancária não regularizadas após as determinações do Banco Central do Brasil, no uso das suas atribuições de fiscalização; III - na hipótese de ocorrer qualquer dos fatos mencionados nos artigos 1º e 2º, do Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945 (lei de falências), houver possibilidade de evitar-se, a liquidação extrajudicial.” Ademais, o §1º do artigo 15 do mesmo diploma prevê: “O Banco Central do Brasil decidirá sobre a gravidade dos fatos determinantes da liquidação extrajudicial, considerando as repercussões deste sobre os interesses dos mercados financeiro e de capitais, e, poderá, em lugar da liquidação, efetuar a intervenção, se julgar esta medida suficiente para a normalização dos negócios da instituição e preservação daqueles interesses.” Ainda, os artigos 1º e seguintes do Decreto-lei 2.321/87 dispõem sobre a possibilidade de o Banco Central decretar regime de administração especial temporária em que, conquanto a atividade bancária em si continue funcionando, tanto os administradores da instituição financeira, quanto os membros do conselho fiscal perdem seus mandatos.

³⁴ Tanto a Lei n. 8.884/94, quanto a nova Lei Antitruste n. 12/529/11 possuem um capítulo exclusivo prevendo a possibilidade de o juiz decretar na empresa a intervenção judicial. Dispõe o *caput* do artigo 102 da nova Lei: “O Juiz decretará a intervenção na empresa quando necessária para permitir a execução específica, nomeando o interventor.”

réu³⁵. Nessas situações, não há como escapar da dependência em relação ao devedor para o cumprimento da obrigação³⁶. Assim, passa a ser absolutamente essencial a utilização de meios de pressão psicológica, para que o próprio devedor possa cumprir o mandamento judicial que lhe está sendo imposto.

Portanto, tal medida executiva não possui o condão de realizar, por si só, o direito material; como explicado, ela apenas atua sobre a vontade do devedor visando a convencê-lo a adimplir³⁷. É chamada, pois, de execução indireta, já que o mandamento judicial não pode ser diretamente executado, mas depende necessariamente da vontade do devedor; ou seja, a execução do mandamento judicial se dá apenas indiretamente³⁸.

Ainda, cabe abrir parênteses para lembrar que, mesmo didaticamente dissociáveis, não há distinção teleológica entre *coagir o devedor a cumprir e fazer cumprir diretamente* substituindo sua presença. Válido apontar o entendimento de ARENHART e MARINONI sobre a questão:

Não obstante, se o que importa, para a jurisdição bem cumprir o seu dever, é a efetividade da tutela dos direitos, e essa apenas pode - ou, em outros casos, melhor pode - ser efetivada caso o demandado seja convencido a cumprir a decisão, não há como se negar que a coerção indireta ou a multa constituem autênticas formas de execução³⁹.

³⁵ Leciona SILVA: "Só que a condenação do devedor a cumprir, quando não acatada, nem sempre encontra o adequado e eficaz prolongamento no processo executivo, impotente, em algumas situações, para proporcionar ao credor o resultado prático (do cumprimento) a que tem direito, de acordo com a lei substantiva, não prevendo a correlativa acção de execução específica da obrigação. É o colmar desta insuficiência ou lacuna do processo executivo que motiva a consagração legislativa da sanção pecuniária compulsória (art. 829.º-A), destinada a fazer pressão sobre a vontade do devedor e a vencer a sua resistência (...)" (SILVA, João Calvão da. *Obra citada*, p. 356). *Idem*, p. 369.

³⁶ De acordo com GUERRA: "Há, todavia, situações em que não é possível, ou é de difícil viabilidade prática a substituição do comportamento do devedor. Aqui, a execução direta encontra limites ora naturais ora jurídicos. Pense-se, por exemplo, nas restrições legais à penhorabilidade dos bens do devedor, que podem representar um limite jurídico à execução direta de obrigação de pagar quantia em dinheiro. Da mesma forma, a execução direta de obrigação de dar coisa específica encontra na deterioração da coisa devida um limite natural." (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 27).

³⁷ Sobre a classificação exposta explicam, com maestria, ARENHART e MARINONI: "Tal diferença [de que a execução indireta não realiza, por si só, o direito material] levou a doutrina clássica a entender que a coerção indireta - por exemplo, a multa - não constituía execução propriamente dita. A execução, como já dito, teria a qualidade de realizar o direito independentemente da vontade do devedor. Assim, objetivando descartar a distinção entre a execução e as formas de pressão sobre a vontade do devedor, a doutrina exprimiu-se através das fórmulas da 'execução direta' e 'execução indireta'." (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de execução*, p. 73).

³⁸ Ensina MARINONI: "É dita indireta porque não conduz diretamente à tutela do direito, limitando-se a incidir sobre a vontade do réu para que a tutela do direito seja prestada. A coerção indireta é fundamental em relação às obrigações infungíveis, uma vez que, em relação a elas, a execução direta não possui efetividade." (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual*, p. 132). Ver, também, GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 28.

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de execução*, p. 73.

Ultrapassado este ponto, concluindo-se que tanto as medidas diretas quanto as indiretas possuem como objetivo concreto a satisfação material, passa-se a outra classificação interessante. Há quem divida os meios de execução indireta em medidas indutivas positivas e medidas indutivas negativas⁴⁰; ambas teriam como objetivo precípua pressionar psicologicamente o devedor para que ele cumpra a ordem judicial, mas, enquanto as primeiras se materializariam na forma de incentivos para o cumprimento - por isso também denominadas sanções positivas ou premiativas -, as segundas visariam a coagir o devedor, relacionando o descumprimento do mandamento com a incidência de algum mal⁴¹.

Há alguns casos de sanção premiativa previstos expressamente em nossa codificação. Exemplo bastante difundido é aquele previsto no sistema de ação monitória pátrio; de acordo com o *caput* do artigo 1.102-C do Código de Processo Civil, o réu da ação monitória, após citado, pode optar por oferecer embargos ou não fazê-lo. Neste último caso, o mandado inicial é convertido em mandado executivo e, na ocasião de o réu cumprir tal mandado, fica isento de custas e honorários advocatícios, nos termos do §1º do mesmo artigo.

Sistema bastante similar foi introduzido com a reforma do CPC de 2005. Atualmente, havendo execução de título extrajudicial o executado é citado para que pague o valor da dívida, no prazo de 3 dias⁴². Caso este cumpra o referido mandamento, os honorários advocatícios, fixados pelo juiz, serão reduzidos pela metade⁴³. Não há dúvidas de que a isenção de custas processuais e de honorários advocatícios, caso o réu cumpra a decisão, por exemplo, pode ser classificada como sanção premiativa. É que, ao invés de o sistema prever a incidência de multa no caso de o réu descumprir o mandamento, ele prevê um benefício ao réu que o cumprir. Como pode ser aferido dos exemplos supra, a sanção positiva tem como escopo influenciar de forma definitiva na vontade do devedor, não com uma ameaça, mas sim com um prêmio.

Quanto às medidas indutivas negativas, também conhecidas como coercitivas, estas são muito mais comuns no âmbito processual. A multa coercitiva já possui aplicação diária

⁴⁰ Leciona TALAMINI: "Assim, há medidas indutivas positivas e negativas. Essas são tradicionalmente denominadas 'meios coercitivos' (ex.: multa diária, prisão civil...); aquelas dão operatividade a sanções positivas (ex.: incentivos fiscais; isenção de custas e honorários em caso de cumprimento espontâneo de determinadas decisões judiciais: CPC, art. 1.102c, §1º; Lei 8.245, art. 61)." (TALAMINI, Eduardo. *Obra citada*. p. 171 e 172).

⁴¹ A respeito do assunto, ver ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003. p. 348.

⁴² Dispõe o *caput* do artigo 652 do CPC: "O executado será citado para, no prazo de 3 (três) dias, efetuar o pagamento da dívida."

⁴³ De acordo com o artigo 652-A e parágrafo único: "Ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários de advogado a serem pagos pelo executado (art. 20, § 4º). Parágrafo único. No caso de integral pagamento no prazo de 3 (três) dias, a verba honorária será reduzida pela metade."

em nossos tribunais⁴⁴, e a prisão civil, nos casos de devedor de alimentos, também é bastante frequente⁴⁵.

Diferentemente das sanções premiativas, os meios coercitivos trazem um agravamento na situação do sujeito passivo do mandamento caso não o cumpra; assim, parte-se do pressuposto de que, a princípio, não serão “executados” na prática, pois as medidas apenas irão incidir caso se desobedeça a ordem do juiz. Desta feita, tais mecanismos não operarão seus efeitos apenas quando são aplicados. Muito pelo contrário, seu momento mais relevante é anterior, sendo aquele em que o juiz ordena o réu a agir de determinada forma, cominando-lhe o gravame - uma multa, por exemplo - para o caso de descumprimento⁴⁶. É essa *ameaça* o aspecto mais importante das medidas de coerção.

2.4 Atipicidade das formas executivas: imposição teleológica

Antes das reformas de 1994 e de 2002, o Código de Processo Civil pátrio previa de forma exaustiva os meios executivos que poderiam ser utilizados pelo magistrado. Ademais, não apenas tais medidas, em seu conjunto, poderiam caracterizar um sistema típico de tutela executiva, como cada uma delas apenas poderia ser usada em um procedimento específico e distinto⁴⁷. Aos julgadores, procurava-se não oferecer espaço de discricionariedade⁴⁸. Muito pelo contrário: no momento em que o credor *escolhia*⁴⁹ o procedimento a ser seguido, os magistrados deveriam apenas aplicar o que dizia a Lei sobre aquele procedimento, sem se exigir a busca da melhor solução para a situação concreta.

A execução por quantia, via de regra, era regida pelo procedimento previsto nos artigos 646 a 735, não havendo qualquer tipo de meio executivo indireto capaz de tutelar tais

⁴⁴ Não da forma como entendemos ser a mais correta, mas ainda assim, é comumente utilizada.

⁴⁵ De acordo com a súmula n.º 309, do Superior Tribunal de Justiça: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.” Quanto às hipóteses que permitem a aplicação da prisão civil, entendemos que estas devam ser ampliadas; nesse sentido, a prisão deveria ser utilizada todas as vezes em que tal mecanismo for o único capaz de gerar a máxima efetividade da execução, como será adiante explicado. Sobre o tema, ver ARENHART, Sérgio Cruz. *A prisão civil como meio coercitivo*. Disponível em: http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/143282/A_PRISAO_CIVIL_COMO_MEIO_COERCITIVO. Acesso em 18 jul. 12.

⁴⁶ A respeito do assunto, ver TALAMINI, Eduardo. *Obra citada*, p. 174.

⁴⁷ Sobre o tema, ver GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 29.

⁴⁸ Ainda que, atualmente, se entenda que a discricionariedade dos magistrados, no tocante à escolha das medidas executivas, não seja de forma alguma extensa, tendo em vista existirem critérios fixos para a escolha do meio a ser utilizado, como será exposto no capítulo 3 deste trabalho.

⁴⁹ Mais uma vez, importante colocar que não havia muito espaço para a escolha do devedor, já que para cada tipo de pretensão, havia um processo executivo já delimitado.

situações. A exceção - ainda presente - se colocava quanto à execução contra o devedor de alimentos, salvaguardada pela possibilidade de prisão civil do executado, nos termos do artigo 733, §3º do CPC. As obrigações de dar coisa eram *tuteladas* por meio do disposto nos artigos 621 a 631 do CPC e, antes da existência do artigo 461-A, caso não fosse encontrada a coisa objeto da lide não haveria qualquer possibilidade de execução específica⁵⁰. Quanto às obrigações de fazer e de não-fazer, estas eram reguladas por meio dos artigos 632 a 645 do CPC, os quais não previam qualquer tipo de medida executiva indireta⁵¹.

Diante do exposto, possível é constatar que, antes das mencionadas reformas, as execuções efetuadas pelo Estado-juiz iam de encontro ao que foi visto nos tópicos 2.1 e 2.2; a tipicidade dos meios executivos impossibilitava o juiz de averiguar quais eram as reais necessidades e particularidades do caso concreto e, por consequência, viabilizar a melhor solução para a situação. Um sistema processual de elementos estritamente típicos, *numerus clausus*, não pode se compatibilizar com um processo que está teleologicamente orientado à efetivação da tutela jurisdicional e que a encara como direito fundamental⁵².

Como visto, só é possível compreender seriamente o Estado Constitucional contemporâneo, detentor do monopólio jurisdicional, se a função a que ele estiver atrelado for voltada a concretizar os direitos prometidos na Constituição da República e nos demais diplomas legais de forma absolutamente fiel. Como fazê-lo, porém, tendo como pressuposto um sistema de elementos típicos que limita a liberdade e a criatividade do magistrado para proporcionar uma efetiva concretização dos direitos?

Diante desta realidade, a tipicidade dos meios executivos foi cedendo espaço à concentração dos poderes de execução do juiz⁵³; criou-se uma espécie de poder geral de efetivação⁵⁴, materializando um sistema atípico quanto aos meios executivos, ao menos nos

⁵⁰ Escreve SILVA, antes da reforma de 2002: “Não sendo encontrada a coisa, quer em poder do executado quer em poder de terceiro, sujeito à execução, torna-se impossível a *execução específica*. Neste caso, não haverá alternativas senão a transformação da obrigação de entregar coisa certa em execução monetária, de modo que o obrigado seja levado a satisfazer o credor com o equivalente em dinheiro da coisa originalmente devida.” (SILVA, Ovídio Baptista da. *execução obrigacional*. p. 127).

⁵¹ A multa coercitiva apenas foi incluída com a reforma de 1994, pela então redação do artigo 644 do CPC.

⁵² Discorre GUERRA: “Com efeito, a ausência de meios executivos adequados a proporcionar a satisfação integral do direito do credor afeta, diretamente, o direito fundamental à tutela (jurisdicional) devida. Como não se desconhece, a inadequação de meios executivos para tutelar de forma efetiva determinado direito significa, na realidade, em maior ou menor extensão, denegar tutela jurisdicional executiva, o que configura, inquestionavelmente, uma flagrante limitação ao próprio direito fundamental à tutela devida.” (GUERRA, *Execução indireta*, 1999, p. 58).

⁵³ Ver, sobre o tema, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de execução*. p. 176 a 178.

⁵⁴ Sobre esta mudança no sistema, esclarecem DIDIER JR., CUNHA, BRAGA e OLIVEIRA: “Diante dessa inexorável realidade, o chamado princípio da tipicidade dos meios executivos foi cedendo espaço ao chamado princípio da

casos de efetivação das obrigações de fazer, de não fazer e de entregar coisas⁵⁵. E esta atipicidade, como se pode concluir, é uma imposição da própria função estatal contemporânea, e não uma mera escolha do legislador. Tendo em vista a expressão “tais como” trazida no bojo do §5º do artigo 461, o magistrado pode escolher, dentre as medidas executivas diretas e indiretas, aquela que melhor venha a satisfazer as necessidades do caso concreto⁵⁶; tal processo de escolha, entretanto, não é tão simples quanto parece, devendo ser estudado em separado.

Ademais, válido é ressaltar que a liberdade concedida aos nossos magistrados por meio, especialmente, dos artigos 461 do CPC e 84 do CDC é ainda maior do que se poderia constatar à primeira vista. Diante do disposto no §5º do artigo 461 do CPC, independentemente de o credor ter solicitado um meio executivo específico tem o juiz o poder de impor medida de ofício, podendo ser esta, inclusive, diversa daquela requerida. No entendimento de MARINONI, haveria verdadeira superação da ideia de absoluta congruência entre o pedido feito e a decisão tomada⁵⁷. Da mesma forma, além de serem atípicas as próprias medidas executivas, encontram-se atipicidades igualmente quanto à sua maneira de aplicação, já que o magistrado tem a liberdade de escolher tanto o momento quanto a forma de efetivação da medida, desde que para a satisfação do credor.

Considerando a necessidade deste viés atípico, contudo, o raciocínio do julgador na definição das medidas executivas a serem casuisticamente utilizadas se torna mais complexo,

concentração dos poderes de execução do juiz. Percebe-se atualmente uma tendência de ampliação dos poderes executivos do magistrado, criando-se uma espécie de poder geral de efetivação, que permite ao julgador valer-se dos meios executivos que considerar mais adequados ao caso concreto, sejam eles de coerção direta, sejam de coerção indireta.” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo J. C.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: execução*. Bahia: Editora Jus Podivm, 2010. vol. 5, p. 48).

⁵⁵ Comentando a atual atipicidade dos meios executivos, SILVA: “Ao permitir que o juiz adote as ‘medidas necessárias’ o código lhe concede meios executivos atípicos para a tutela dos direitos. Dito de outra forma, poderá o juiz tomar a providência que considerar mais adequada ao caso concreto, esteja ou não expressamente prevista no texto legal. A atribuição ao juiz de mecanismos executivos atípicos é fundamental para a tutela ressarcitória e do adimplemento específicas, bem como para as tutelas inibitória e reintegratória.” (SILVA, Ricardo Alexandre da. *Obra citada*, p. 177). Ver, também, TALAMINI, Eduardo. *Obra citada*, p. 270 e 271.

⁵⁶ Expõe MARINONI: “É evidente que o objetivo do § 5.º do art. 461 é o de oferecer ao autor instrumentos que realmente lhe permitam obter a tutela específica do seu direito e o de conferir ao juiz o poder executivo necessário para a sua efetivação. Isso fica absolutamente claro quando o parágrafo utiliza a expressão ‘tais como’ para esclarecer que os meios executivos nele arrolados constituem apenas exemplos. (...) Esse parágrafo convida o autor e o juiz para uma atividade de concretização, isto é, de determinação do meio executivo adequado ao caso concreto, evidenciando que são as particularidades do caso conflitivo que devem presidir a eleição da modalidade executiva.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, p. 278/279).

⁵⁷ “A necessidade de dar maior poder ao juiz para a efetiva tutela dos direitos, espelhada, em primeiro lugar, na quebra do princípio da tipicidade das formas executivas e na concentração da execução no processo de conhecimento, trouxe, ainda, a superação da ideia de absoluta congruência entre o pedido e a sentença.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual*, p. 134).

demandando um verdadeiro processo de escolha - cujas características pretendemos analisar. Antes, entretanto, optamos por fazer breves considerações sobre como tal processo ocorre no direito norte-americano, especialmente considerando a importância que o sistema jurídico deste país dá à aproximação entre o direito material e as técnicas processuais a serem adotadas.

2.5 O processo de escolha da técnica executiva

(a) Breves aportes do direito norte-americano

O modelo norte-americano de tutela dos direitos, como o próprio sistema jurídico daquele país, é muito mais preocupado com a resolução dos problemas no caso concreto do que com uma mera “declaração da norma”. Tal conclusão é extraída da ampla liberdade de escolha que os juízes possuem em algumas situações, a qual advém não do sistema de *common law*, mas de outro sistema, criado precipuamente para proteger direitos que não eram tuteláveis *at law*: o sistema de *equity*⁵⁸. De acordo com DOBBS⁵⁹, as cortes legais eram presididas por juízes, enquanto que as cortes de *equity* eram presididas pelo Chanceler, responsável por desenvolver além de um corpo de direitos subjetivos - os quais teriam o condão de afastar as regras das cortes - *remedies*⁶⁰.

⁵⁸ De acordo com TARUFFO: “Como se sabe o rigor e os limites do sistema da *common law* criam (e justificam por diversos séculos) a necessidade e a relevante extensão de um sistema paralelo e complementar de tutela, que recebe o nome de *equity*. A razão essencial da *equity* está na oportunidade de fornecer *remedies*, a situações não tuteláveis *at law*, na medida que estas situações caracterizam-se como economicamente relevantes, e, então, carentes de tutela nas formas jurisdicionais. Por assim dizer, a *equity* nasce e se propaga com base nas necessidades de dar tutela aos novos direitos que emergem nos vários momentos históricos, constituindo-se, assim, num potente fator de adequação do sistema jurisdicional às necessidades reais de tutela.” (TARUFFO, Michele. *Obra citada*, p. 74).

⁵⁹ DOBBS, Dan B. *Law of remedies: damages - equity - restitution*. St. Paul: West Group, 1993. p. 48.

⁶⁰ De acordo com o mesmo autor, o Chanceler da Inglaterra, antes de ser um juiz nas corte de *equity*, era um administrador; na idade média, especialmente, atuava quase que como um primeiro ministro, auxiliando o rei, bem como era o chefe do departamento real de *writing*. Fazendo uso dessa função, o Chanceler deveria emitir writs - documento usado para começar uma ação de *common law* -, os quais algumas vezes eram bastante simples, mas outras vezes geravam controvérsia, por serem considerados uma afirmação de poder nas cortes do rei. Depois de certo tempo, passou a resolver os casos que vinham a seu conhecimento diretamente, já que, por ter tanto poderes administrativos quanto políticos, não viu a necessidade de recorrer ao júri, ou a qualquer outra forma de julgamento. Ademais, possuía o hábito de não dar explicações mais detalhadas para as suas ações, já que possuía, desde logo, poder e reconhecimento do público. Assim sendo, gradualmente foi se transformando em um verdadeiro juiz, julgando fatos, e aplicando princípios mais ou menos definitivos àqueles fatos. Os procedimentos passaram a ser mais padronizados, e ele desenvolveu técnicas para fazer executar suas ordens, bem como teorias para dá-las suporte; no século XV o Chanceler era um verdadeiro juiz. Quanto ao procedimento, o pedido na *equity* era feito por meio de uma petição, e não por meio de um writ, a qual continha diversos fatos e argumentos. Muito embora o sistema de *equity* pudesse atuar contra a propriedade, este método era mais comum nas *law courts*; aqui, a tendência maior era utilizar o *contempt of court*, por agir

Muito embora a distinção entre *law* e *equity* tenha se enfraquecido, tal separação é ainda relevante diante da importância de se constatar a origem histórica dos *remedies*⁶¹, já que as consequências são significativamente diferentes⁶². Os direitos tuteláveis *at law* são essencialmente aqueles que possuem algum tipo de conteúdo econômico, fazendo com que o confisco dos bens do devedor, sua liberação ou expropriação para posterior venda, na maior parte das vezes, seja suficiente para satisfazer o credor⁶³. Resta evidente, portanto, que qualquer tipo de execução dos danos causados⁶⁴ é historicamente uma medida legal.

Por outro lado, a *injunction*, assim como todas as medidas coercitivas, tem origem nas *equity courts*. A *injunction* pode ser entendida como um comando pessoal para que o devedor, réu da ação, faça ou deixe de fazer alguma coisa⁶⁵; caso tal ordem seja desobedecida, seu sujeito passivo pode ser preso, ou penalizado com algum tipo de multa. Tal ato é nomeado, no

in personam e não *in rem*. (DOBBS, Dan B. *Obra citada*, p. 58 a 63). Ver também KENNEDY, Kevin C. *Equitable remedies and principled discretion: the Michigan experience*. University of Detroit Mercy Law Review. Vol. 74, 1997. p. 610-612. Disponível em: <http://digitalcommons.law.msu.edu/facpubs/33/>. Acesso em 8 ago. 12

⁶¹ A respeito de *remedies*, em geral, RENDLEMAN: "A court's remedy is what it does on behalf of a successful claimant. The court's remedies include, first, a personal order telling the defendant to perform or refrain from something, an order that may be restitution, and, second, money that may also include compensatory damages, restitution, and punitive damages." (RENDLEMAN, Doug. *Measurement of Restitution: Coordinating Restitution with Compensatory Damages and Punitive Damages*. Disponível em: <http://law.wlu.edu/deptimages/law%20review/68-3n.7Rendleman.pdf>. Acesso em 8 ago. 12).

⁶² Sobre o tema, ver DOBBS, Dan B. *Obra citada*, p. 9. Ainda, leciona RENDLEMAN: In addition to the functional distinctions above—a personal order versus a money substitute and compensation versus restitution versus punitive damages—the difference between a Legal remedy and an Equitable remedy stems from the historical division of courts. It resides today in two major distinctions that this Article develops below—jury versus nonjury trial and impersonal collection versus personal enforcement. Compensatory damages and punitive damages are Legal remedies while restitution may be either Legal or Equitable. The distinction between Legal and Equitable leads to confusion and more than a little error. (RENDLEMAN, Doug. *Obra citada*).

⁶³ De acordo com TARUFFO: "(...) se trata essencialmente de forma de execução direta para prender ou liberar bens móveis ou imóveis e de forma de execução para a expropriação e venda para a satisfação de créditos em dinheiro." (TARUFFO, Michele. *Obra citada*. p. 74). No mesmo sentido, TARUFFO e HAZARD JR.: "A judgment for damages is enforced through procedures for seizing the judgment debtor's property and having it sold to provide funds to pay the judgment. The seizure is accomplished through a government official, usually the sheriff for state court judgments and the United States Marshal for federal judgments. The official acts on the basis of a court order, obtained by the judgment creditor, who must identify the property to be seized." (TARUFFO, Michele; HAZARD JR. Geoffrey C. *American civil procedure: an introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993. p. 194).

⁶⁴ Sobre as *damages*, DOBBS: "The damage remedy is a money remedy aimed at making good the plaintiff's losses. For any given breach of the plaintiff's rights, damages are traditionally awarded in American dollars, in a single lump sum to compensate both for past harms and those anticipated in the future. There are other money remedies with other purposes, and it is therefore necessary to emphasize that the term *damages* usually refers to compensation." (DOBBS, Dan B. *Obra citada*. p. 3.)

⁶⁵ Ver, KENNEDY, Kevin C. *Obra citada*. Sobre os tipos de *injunctions*, explicam TARUFFO e HAZARD JR.: "(...) an injunction is a judgment that orders the defendant to perform a specified act or to refrain from doing so. An injunction requiring an act is called a mandatory injunction; one requiring that an act not be done is called a prohibitory injunction." (TARUFFO, Michele; HAZARD JR. Geoffrey C. *Obra citada*, p. 196 e 197).

direito norte-americano, de *contempt of court*. A execução do *contempt* é considerada bastante peculiar, já que tem o condão de pressionar o réu psicologicamente, por meio de ameaças⁶⁶.

Além dos dois *remedies* acima mencionados, cuja classificação histórica parece não deixar dúvidas, a separação dos *restitutional remedies* e dos *declaratory remedies* enquanto disponíveis *at law* ou *in equity* não é tão definitiva. Faz-se necessária a análise no caso concreto, para verificar se as características são mais próximas de um ou de outro grupo. De qualquer forma, a *restitution* pode ser entendida como um restabelecimento para prevenir enriquecimento ilícito. Assim, sua finalidade não é compensar o credor pelos danos a ele causados, mas sim impedir o enriquecimento ilícito do devedor, fazendo-o devolver o que obteve de forma ilícita. É medida, portanto, pelos ganhos do devedor, e não pelas perdas do credor⁶⁷. E os *declaratory remedies*, como nos é intuitivo, visam a fornecer uma declaração com força e autoridade judicial sobre o direito das partes⁶⁸.

Analisados os tipos de *remedies* existentes naquele sistema, passa-se a descrever quais questões deveriam ser levadas em conta pelos juízes norte-americanos, antes de conceder um ou outro tipo.

Desde logo, importante destacar que as técnicas escolhidas devem refletir o direito que está sendo tutelado⁶⁹. A importância da compatibilização entre o direito material resguardado e as medidas adequadas para a sua efetivação é tão expressiva no direito norte-americano que

⁶⁶ O *contempt of court*, nas palavras de CARPENA, pode ser considerado “o desrespeito de alguém para com a autoridade do órgão judicial, podendo derivar tanto de uma ação quanto de uma omissão. Significa, em verdade, uma afronta ao povo e à dignidade da jurisdição, a qual não pode ser tolerada, devendo, sim, ser punida exemplarmente.” (CARPENA, Márcio Louzado. Os poderes do juiz no common law. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, fev. 2010. vol. 180, p. 195 e ss.). Nesse mesmo sentido, expõe GRINOVER: “Assim, na definição de Swayzee, *contempt of court* é a prática de qualquer ato que tenda a ofender um tribunal na administração da justiça ou a diminuir sua autoridade ou dignidade, incluindo a desobediência a uma ordem.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o contempt of court. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, abr. 2001. vol. 102, p. 219 e ss.). Igualmente, LIEBMAN: “Conseguem-se no direito inglês resultados análogos por meios diferentes. Com efeito, o direito admite sanções severas para o *contempt of Court* ou seja o desrespeito à autoridade do juiz ou Tribunal que proferiu a sentença. O não cumprimento da condenação a fazer ou não fazer inclui-se nesta figura e encontra por este caminho meios muito enérgicos de repressão.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, p. 169/170).

⁶⁷ “The principal distinction between compensatory damages and restitution is that compensatory damages respond to the plaintiff’s loss, restitution to the defendant’s gain. Although both deter, if restitution exceeds compensatory damages, restitution will deter more.” (RENDLEMAN, Doug. *Obra citada*).

⁶⁸ Com clareza, esclarece DOBBS: “Declaratory remedies furnish an authoritative and reliable statement of the parties’ rights. Other remedies may be added if necessary, but the declaratory remedy itself makes no award of damages, restitution, or injunction.” (DOBBS, Dan B. *Obra citada*, p. 7).

⁶⁹ “Although earlier discussions have emphasized that questions about substantive rights are quite different from questions about remedies, it is nevertheless true that remedies are means of carrying into effect the substantive right. Subject to certain qualifications, the remedy should reflect the right or the policy behind that right as precisely as possible.” (DOBBS, Dan B. *Law of remedies: damages - equity - restitution*. 2nd Ed. St. Paul: West Group, 1993. p. 22).

quando não for possível administrar a técnica correspondente àquele direito, ele muitas vezes nem é *estabelecido* no caso concreto⁷⁰.

Ademais, não apenas o tipo de medida deve refletir o direito tutelado, mas também a forma de utilização desta medida⁷¹ - momento de incidência, grau de intensidade, etc⁷². Assim, em escolhendo conceder a uma parte *restitution*, não pode o juiz determinar o pagamento de indenização por lucros cessantes, por exemplo. Da mesma forma, determinando a prisão coercitiva do devedor, mas percebendo que este de fato não possui o bem/montante devido, tal medida deve deixar de ser usada - a não ser que como instrumento punitivo, e não coercitivo, como também pode ocorrer naquele sistema⁷³.

⁷⁰ "In such a case, the question of rights turns in part to whether courts can see a practical remedy. Although remedy normally follows the right, rights will not be established unless a remedy can be administered." (DOBBS, Dan B. *Obra citada*, p. 24).

⁷¹ "The principle applies both to the selection of a remedy and to its measurement. Courts would not select punitive damages as a remedy for most ordinary contract breaches. Punishment would go far beyond the plaintiff's bargained for right in most instances. If the plaintiff recovers restitution for work done under a contract that is unenforceable under the statute of frauds, the measure of the remedy must reflect its purpose: it must prevent the defendant's unjust enrichment, but it must not go further and give the plaintiff the profit she would have made on the deal." (DOBBS, Dan B. *Obra citada*, p. 23).

⁷² Quanto à importância da compatibilidade entre o momento da utilização do instrumento e o direito tutelado, importante analisar o caso *Mustang Holdings LLC v. Zaveta*⁷², em que a Suprema Corte do Estado de Montana reverteu o julgamento da corte a quo, que teria determinado a aplicação de uma preliminary injunction depois da ocorrência do ato danoso, e sem perspectivas de que tal ato fosse se repetir. Nesse caso, de acordo com a Corte, não haveria necessidade de se reparar os danos causados por meio de uma preliminary injunction, e em juízo de verossimilhança. Em outras palavras, não haveria compatibilização entre a medida adotada e o direito do autor da ação: "If there is no reasonable probability that past acts complained of will recur, injunctive relief will be denied. Injunction power is not used as punishment for past acts and is ordered against them only if there is evidence they will probably recur." (*Mustang Holdings LLC v. Zaveta*, Supreme Court of Montana, N.º 05-454, 2006). Sobre o tempo de imposição da medida, a Suprema Corte do Estado de Virgínia reverteu o julgamento inferior, no caso *Frank Shop Inc. v. Crown Central Petroleum Corporation*, decidindo que a *injunction* requerida deveria ser aplicada desde logo, e não após determinado tempo, sob pena de o judiciário permitir a continuidade de atuação ilegal da ré: "We do not question the power of a court of equity, in the exercise of its discretion in an ordinary case, to fashion a remedy that would eliminate or lessen the hardship imposed upon a party by a particular decision. But this is not an ordinary case. This is a situation where a party, held by this Court to be in violation of the law, seeks judicial permission to continue violating the law until it works itself out of the supposed hardship in which it finds itself. In the peculiar set of facts involved in this case, it was a clear abuse of discretion for the trial court to grant such permission. The trial court should have made the injunction effective immediately." (*Frank Shop Inc. v. Crown Central Petroleum Corporation*, Supreme Court of Virginia, N.º 011562, 2002).

⁷³ Sobre a distinção entre o *contempt* civil e criminal, explica CARPENA: "O *contempt of court* é dividido, no sistema norte-americano, em civil ou criminal. Diz-se que é civil, quando o ato de desacato é voltado a prejudicar o adversário, isto é, quando fulcrado em resistir à satisfação do direito alheio; é criminal, quando destinado prioritariamente a prejudicar a atuação jurisdicional, denegrindo a 'reputação do juiz ou tribunal'. Nesses termos, por certo, pode-se verificar o civil contempt no processo penal, assim como também é possível verificar-se um criminal contempt num processo civil." (CARPENA, Márcio Louzado. *Obra citada*). Ainda sobre o tema, explica com maestria BEALE JR.: "This difference in nature between the contempt of the king's seal on a writ and active contempt of the court appears also in the method by which the court deals with the contempt. Active contempt of the court, like similar contempt of the king, is a crime, and indeed may be indicted and punished as a misdemeanor. It is usually dealt with summarily by the court, which causes the immediate arrest of the offender and sentences him to a fine or imprisonment as a punishment for his wrongdoing. Quite

O critério geral acima apresentado pode, contudo, ser restringido ou não aplicado a depender do caso, em razão de algumas situações específicas. Primeiramente, a corte pode decidir por não utilizar a técnica adequada para efetivar plenamente o direito do credor caso tal medida se mostre muito custosa; nessas situações, é feito um balanço entre a plena tutela do direito e os custos para que tal tutela seja efetivada e, a depender do caso, a medida a ser utilizada pode ser outra, menos adequada, mas também menos dispendiosa para o sistema judicial. Exemplo disso se dá, de acordo com DOBBS, nos casos em que o *remedy* de *specific performance* exigiria do juiz ou das cortes lidar com o caso por muito tempo e repetidamente⁷⁴ - encampando visão afeita ao princípio da proporcionalidade e visando a que o magistrado faça a gestão de sua atividade da forma mais adequada possível⁷⁵.

Além dos custos no que toca ao próprio sistema judicial, os custos gerais, tanto em relação ao réu, quanto em relação a terceiros também são levados em consideração pelos magistrados norte-americanos. Assim, a ideia de eficiência é tão importante naquele sistema que, se um *remedy* custa mais do que os benefícios que ele poderá trazer, este normalmente deixa de ser utilizado no caso concreto⁷⁶. Há, pois, um verdadeiro balanço entre os custos *positivos* e *negativos* da escolha do meio executivo.

Outro limite que se põe à escolha da técnica naquele sistema é a visão da corte sobre seu papel na sociedade. Alguns juízes podem entender que, ao administrar uma escola ou uma prisão - como se dá nos casos de *institutional restructuring litigation* -, bem como ao passar a

otherwise is the action of the court where its injunction or other order or decree is violated by the person to whom it is addressed. In such case the violation is called to the attention of the court by the injured party, and if the violation is proved the wrongdoer is committed to prison to remain until he purges himself of his contempt by doing the right or undoing the wrong." (BEALE JR., Joseph H. *Contempt of court, criminal and civil*. In.: Harvard Law Review, Vol. 21, nº 3, 1908. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1324863> . Acesso em 3 ago. 12).

⁷⁴ "Remedies may be limited by practical considerations. Courts may consciously provide a remedy that fails to fulfill or vindicate the plaintiff's right because the costs of granting the remedy are deemed to be too high. When this happens, disconnection between right and remedy is accepted as the lesser of evils. (...) One constraint on remedies is the court's own time and expertise. Courts traditionally refused to give specific performance remedy if they feared they might be required to deal with the case repeatedly." (DOBBS, Dan B. *Obra citada*, p. 24).

⁷⁵ Ressalte-se que a proporcionalidade a que se faz referência não é a constitucional, usada para analisar o embate entre os demais princípios. Utiliza-se a ideia de CAPONI sobre proporcionalidade, como meio de otimizar a prestação jurisdicional (CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil. In. *Revista de Processo*. Trad. Sérgio Cruz Arenhart. São Paulo: RT, 2011. vol. 192, p. 399-415, p. 399-415).

⁷⁶ "To impose a remedy is to impose costs and to create benefits. Any remedy, including injunctive and other non-money remedies, will impose costs upon the defendant. Any effective remedy will also create benefits for the plaintiff. Remedies may also impose costs upon or provide benefits for third persons or the public. In choosing between two remedies (or two measures of a single remedy), courts usually attempt to choose a remedy that will approximately vindicate the plaintiff's right. But costs and benefits of the remedy must also be considered. A remedy that costs more than the benefit it provides may be an inefficient means of vindicating the plaintiff's right." (DOBBS, Dan B. *Obra citada*, p. 29).

controlar uma empresa - por meio de *receivers*⁷⁷ - estariam ultrapassando seu papel. Nesses casos, há julgadores que preferem utilizar medidas menos efetivas, mas que não extrapolem os supostos limites da atividade jurisdicional⁷⁸. Ademais, também a limitação quanto às provas pode ser considerada motivo para a falta de adequação entre o meio executivo utilizado e o direito tutelado⁷⁹.

Agora, caso duas ou mais medidas executivas fossem igualmente efetivas e aceitáveis para propiciar a tutela dos direitos do credor, que aspectos deve o juiz levar em consideração para fazer sua escolha entre elas? Segundo DOBBS, nesse caso, a escolha do credor deve ser respeitada, desde que ela seja congruente com os padrões acima expostos, ou seja, desde que a preferência do credor não implique em custos demasiados sobre o sistema judicial, sobre terceiros ou sobre o próprio devedor⁸⁰.

Esta análise no que toca ao sopesamento dos custos é bastante relevante especialmente quando se trata de *injunctions*. É que, se de um lado este meio executivo tem o condão de tutelar de forma específica os direitos do credor - normalmente concedendo a este exatamente aquilo a que ele tem direito⁸¹ -, por outro é mais intrusivo e menos respeitador dos direitos do devedor do que os demais⁸².

⁷⁷ A respeito do tema, ver TARUFFO, Michele. *Obra citada*, p. 75.

⁷⁸ "Another constraint is the courts view of their own role in society. (...) Yet to a degree, a judge who undertakes to administer a school of prison must step out of the judicial role. So some judges might hesitate to become deeply involved in details of school administration in such cases, even if that meant that their injunction remedy was less effective." (DOBBS, Dan B. *Obra citada*, p. 25).

⁷⁹ "A third reason for remedies that do not match rights is found in the limits of proof and particularly in the limits of causal proof, combined with the convenience of standardized or conventional remedies. Conventional remedies do not correlate with rights except by happenstance. They may give for the plaintiff more or less than her entitlement. In the case of conventionalized restitution, they may force the defendant to disgorge more, or less, than his unjust gain. Even the injunctive remedy can be conventionalized." (DOBBS, Dan B. *Obra citada*, p. 25).

⁸⁰ Explica DOBBS: "How should a judge choose between two or more potential remedies, each of which provides an acceptable match for the plaintiff's right? Where all the available are approximately equivalent in affect upon both to the plaintiff and to the defendant, and non imposes special costs upon the court or the public, the plaintiff choice of remedy should be respected. (...) When specific performance is an available option, however, the plaintiff's preference for or against that remedy should be and usually is respected if it imposes no special costs upon the court, the public, or the defendant." (DOBBS, Dan B. *Obra citada*, p. 27).

⁸¹ Explica DOBBS: "Adequacy of legal remedy today is, however, relevant in balancing the costs and benefits of a potential injunction. Injunctions are denied if the total estimated balance of benefits from the injunction outweighs its estimated total costs or disadvantages. The costs and benefits are not necessarily quantifiable or expressed in money terms. For example, the injunction is a benefit if it provides the plaintiff the very thing to which he is entitled, whether or not the entitlement is worth any particular amount of money." (DOBBS, Dan B. *Obra citada*, p. 166).

⁸² "Because injunction might sometimes be more intrusive than an alternative remedy, an erroneous injunction might be more harmful to the defendant and less respectful of the defendant's rights. (...) it may be possible to minimize the harm that could result from an erroneous decision by refusing injunctive relief when that form of relief would be especially destructive to the defendant's rights if it is erroneous, provided that the plaintiff's rights can be substantially protected by other remedies." (DOBBS, Dan B. *Obra citada*, p. 167). Nesse sentido também se posiciona parte da jurisprudência: "In cases where an injunction is sought to abate an alleged

A Suprema Corte do Estado de Iowa, por exemplo, já delimitou alguns requisitos que devem ser verificados para que uma *injunction* se imponha. Seriam eles: a lesão ou ameaça de lesão a direito; a necessária ocorrência de dano caso a medida não seja efetivada; e a inexistência de medida adequada *at law*⁸³. Esse último requisito é repetidamente aplicado nas cortes, e está relacionado com o fato de a *injunction* ser um *equitable remedy*, criado precipuamente para abarcar situações não tuteláveis *at law*.

Do exposto, observamos que a atipicidade e a liberdade criativa do julgador no sistema norte-americano não são construções recentes, justificando o porquê do balizamento de uma série de critérios em seu manejo. Contudo, mesmo com este quadro, há incompatibilidades sinalizadas por RENDLEMAN, para quem a ausência de limites claros faz com que as decisões ainda não sejam uniformes no que toca à forma de eleição sobre que medida executiva utilizar⁸⁴.

(b) Critérios para o direito brasileiro

private nuisance, the court must deal with the conflicting interests of the landowners by balancing the benefits of an injunction to the plaintiff against the inconvenience and damage to the defendant, and grant or deny an injunction as seem most consistent with justice and equity under the circumstances of the case.” (LeFurgy v. Long Cove Club Owners Assoc., Inc., 443 S.E.2d 577 (S.C. Ct. App. 1994)). Utilizando o mesmo processo: “The Shaws and the Snowdens, however, are seeking an injunction to prevent Coleman’s dangerous behavior, which cannot be adequately accomplished by an award of damages. In their amended complaint, the Shaws and the Snowdens sought an injunction to prevent the “continuous discharging of firearms and threatening of plaintiffs” in addition to actions for damages for alleged trespass, conversion, and violation of section 31–18–30. Mr. Snowden saw Coleman firing onto people’s property and over individuals’ heads. (...) Therefore, we affirm the trial court’s decision to grant a permanent injunction. (...) Balancing the benefits of an injunction to the Shaws and the Snowdens against the inconvenience and damage to Coleman, we hold the trial court correctly granted the injunction.” (Shaw III v. Coleman, Court of Appeals of South Carolina, N.º 4241, 2007). “It is for this reason mandatory injunctions are uncommon and considered a drastic remedy which should only be utilized where compelling circumstances require it.” (In re: Wyckoff Heights Medical Center v. Louis Rodriguez, Supreme Court, Kings County, New York, 2002).

⁸³ “The party seeking the injunction must establish: (1) an invasion or threatened invasion of a right; (2) that substantial injury or damages will result unless the request for an injunction is granted; and (3) that there is no adequate legal remedy available. See Matlock, 531 N.W.2d at 122. When considering the appropriateness of an injunction ‘the court should carefully weigh the relative hardship which would be suffered by the enjoined party upon awarding injunctive relief.’” (Sear v. Clayton County Zoning Board of Adjustment, Supreme Court of Iowa, N.º 97-1072, 1999).

⁸⁴ “Courts’ decisions on which direction to take at each point depend on the balance between the policies of compensation, deterrence, and punishment. Courts and, in Legal restitution, juries lack clear definitions, boundaries, and landmarks to navigate these transitions. Their decisions are not uniform and may seem to possess an ostensibly random quality. To dissipate some of that randomness is one of the goals of this effort.” O mesmo autor, em outro trecho da obra: “Our court-made common law jurisprudence has not developed fences around the doctrines to define exact boundaries. Indeed, a lawyer may win a prize by a novel characterization that presses against or crosses the boundary.” (RENDLEMAN, Doug. *Obra citada*).

Da mesma forma, muitos doutrinadores brasileiros também tentam estabelecer critérios que devem ser seguidos pelos juízes para a escolha das medidas executivas a serem usadas caso a caso. O pressuposto de que partem, para estabelecê-los, é o de que quando o ser humano representa o próprio Estado, por meio de suas atividades - como é o caso do magistrado -, a importância e o impacto das escolhas feitas tornam-se muito maiores.

Partindo dessa premissa, o processo de escolha da medida executiva a ser utilizada não poderia ser arbitrário, devendo levar em consideração especialmente o fato de que a execução tem o objetivo primordial e indelével de satisfazer o credor, correndo em seu exclusivo interesse⁸⁵. Afirma GUERRA, com veemência: “tendo em vista essa sua finalidade, a tutela executiva é prestada através de um processo dotado de estrutura peculiar, o que leva a denominá-lo, com muita propriedade, de ‘processo de desfecho único’ - a satisfação do credor.”⁸⁶.

Assim sendo, dentre todas as possibilidades existentes, apenas aquela, ou aquelas - a depender da situação - que melhor satisfizerem os interesses do credor poderão ser adotadas pelo magistrado⁸⁷. Entende-se que esta é sempre a primeira análise que deveria ser feita: plena satisfação dos interesses do credor⁸⁸. Se no direito norte-americano este critério pode ser afastado em razão de algumas circunstâncias como os custos da execução, em nosso atual contexto discurso com feições similares é estranho à prática e à doutrina brasileira, não

⁸⁵ Conquanto tal afirmação soe, em certa medida, redundante, esta merece sempre ser repetida e lembrada, já que antes das já mencionadas reformas, bem como antes do atual sistema de cumprimento de sentença, não era tão evidente que a execução deveria ser feita exclusivamente pro do credor. A forma como era arquitetada a execução - com a atribuição automática de efeito suspensivo aos embargos ao devedor, e incoercibilidade da sua vontade, e.g., como já visto - acabava por proteger o devedor de forma mais intensa do que o credor.

⁸⁶ (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 18). Sobre o tema, ver THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: processo de execução e procedimento cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. vol. 2, p. 61.

⁸⁷ Exemplifica SILVA: “Na falta de ‘equivalência funcional’ entre a realização da prestação por terceiro ou pelo devedor, com vista à satisfação do interesse razão de ser da relação obrigacional, o credor pode legitimamente recusar a sub-rogação deste por aquele porque tal o prejudica, pois ela não é idônea para satisfazer o seu interesse concreto.” (SILVA, João Calvão da. *Obra citada*, p. 369).

⁸⁸ De acordo com ASSIS: “Toda execução, portanto, há de ser específica. É tão bem sucedida, de fato, quanto entrega rigorosamente ao exequente o bem perseguido, objeto da prestação inadimplida, e seus consectários, ou obtém o direito reconhecido no título executivo. Este há de ser o objetivo fundamental de toda e qualquer reforma da função jurisdicional executiva, favorecendo a realização do crédito.” (ASSIS, Araken de. *Obra citada*, p. 109). Sobre o tema, tratado como *princípio da primazia da tutela específica* ou da *maior coincidência possível*, ver DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo J. C.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Obra citada*, p. 53; WAMBIER, ALMEIDA e TALAMINI, por sua vez, tratam da mesma ideia enquanto princípio da máxima utilidade da execução, estendendo a imposição não apenas à atividade de escolha do juiz, aqui tratada, mas também a todos os atos intrínsecos à execução: “a imposição da máxima utilidade funciona como diretriz genérica para todos os passos e momentos da execução, exigindo-se celeridade e rigor na prática de seu atos.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: processo de execução*. Coord.: Luiz Rodrigues Wambier. 9ª Ed. São Paulo: RT, 2007. vol. 2, p. 144).

assumindo vulto que nos pareça suficiente para ilidir a corriqueira inserção da “máxima efetividade” como parâmetro geral e primeiro.

Com efeito, os artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil dispõem expressamente que, nas tutelas de obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa, o juiz deve buscar sempre a tutela específica ou o resultado prático equivalente, ou, excepcionalmente, pode ele converter a prestação específica no seu equivalente pecuniário (perdas e danos). Isso, nos termos do §1º do 461, apenas em dois casos: ou quando o credor requerer tal medida, expressamente; ou quando for impossível a tutela específica ou o resultado prático equivalente⁸⁹. A diferença entre estas expressões está não no grau de satisfação do credor, mas sim na pessoa de quem prestará a obrigação. Havendo tutela específica, a prestação de fazer, não fazer ou entregar coisa, é cumprida pelo próprio obrigado. Já quando se trata de resultado prático equivalente, a mesma prestação é cumprida não por ato do obrigado, mas por ato de terceiro⁹⁰. Assim, para os casos de tutela específica, as medidas a serem utilizadas são as executivas indiretas, enquanto que em se tratando de resultado prático equivalente são os meios executivos diretos que terão incidência.

Nessa esteira, não há prioridade entre a prestação equivalente e a tutela específica. A análise que deve ser feita, como já reiterado, é primeiramente da incidência do princípio da máxima efetivada da prestação e, como ainda será visto, da mínima onerosidade do devedor. Do ponto de vista processual, por conseguinte, não há hierarquia entre as técnicas.

Depois de fazer essa análise inicial, deve o magistrado comparar as medidas que gerem uma efetividade máxima e averiguar qual (ou quais) é a menos onerosa para o devedor. Este segundo critério tem como origem precípua o princípio do devido processo legal o qual, entre outras coisas, estabelece limites à execução visando a que esta não se transforme em instrumento punitivo do devedor. O maior exemplo desta sistemática está materializado pelo disposto no artigo 620 do CPC, de acordo com o qual “quando por vários meios o credor

⁸⁹ Essa impossibilidade, de que trata o §1º do artigo 461 do CPC, pode ser tanto jurídica quanto fática. Por exemplo, nos casos de inadimplemento absoluto - quando não há como exigir a prestação específica por não ser ela mais útil - ou quando os meios de execução direta ou indireta não são eficientes para atingir a tutela específica ou a prestação equivalente. Situações limítrofes também poderiam entrar aqui, como aquelas prestações personalíssimas que, após resistência do devedor, passam a não ser mais úteis. É o caso da contratação de artista para que realize obra de arte; muitas vezes, tendo em vista a especificidade do trabalho - que exige inspiração - este é absolutamente incompatível com a utilização de meios coercitivos. Em se tornando, pois, de prestação impossível, o juiz, de ofício, converte a obrigação em perdas e danos.

⁹⁰ Sobre o tema, discorre TALAMINI: “No art. 461, ‘tutela específica’ distingue-se de ‘obtenção de resultado prático equivalente’ por consistir na busca do ‘resultado final’ não mediante meios substitutivos da conduta do demandado, mas através da própria conduta do demandado. A ‘especificidade’, nesse caso, vai além do resultado final, abrangendo também o meio para a sua consecução. Já no ‘resultado prático equivalente’ o resultado final (específico) é obtido através de terceiros.” (TALAMINI, Eduardo. *Obra citada*, p. 232).

puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”. Assim sendo, caso dois ou mais meios executivos possam gerar a mesma satisfação ao credor, deve o juiz necessariamente verificar qual deles vai ao encontro do supracitado artigo⁹¹.

Exemplo do acima exposto é o seguinte caso: um pai, obrigado a pagar alimentos para seus filhos mensalmente, deixa de fazê-lo, muito embora se saiba que possui emprego fixo cujo salário seria suficiente para permitir tanto o seu próprio sustento quanto o pagamento dos alimentos devidos; nesse caso, poderia o magistrado utilizar medida executiva direta, como por exemplo, o desconto em folha, ou ordenar o pagamento sob pena de prisão civil - medida executiva indireta. Nessa situação, ainda que o juiz acredite que ambas as medidas seriam capazes de satisfazer igualmente o interesse do credor dos alimentos, este restaria proibido de prender o réu. É que, frente a duas ou mais medidas capazes de gerar máxima efetividade à execução, deve o julgador sempre optar por aquela que gere uma menor onerosidade ao devedor⁹².

Assim, de acordo com ARENHART, “a medida adotada, em qualquer hipótese, deverá compatibilizar a necessidade de eficácia da ordem com o sacrifício que se imporá ao devedor”⁹³. Com efeito, é inerente à ideia de devido processo legal que o devedor não tenha seus direitos restringidos para além daquilo que é necessário para a satisfação do direito do credor.

Fica claro, portanto, que tal norma protege, precipuamente, a própria boa-fé, a ética processual e a lealdade, impedindo que o credor se valha de meio executivo mais danoso ao devedor quando há meio menos prejudicial que poderia satisfazê-lo tanto quanto. Como explicam DIDIER JR., CUNHA, BRAGA e OLIVEIRA, tal constatação é essencial para entender-se que o mandamento previsto pelo artigo 620 do CPC não pode ser lido como

⁹¹ Leciona MARINONI sobre o assunto: “É claro que esse amplo poder de execução, conferido ao juiz, tem o objetivo de lhe dar maior flexibilidade para a concessão da providência e do meio executivo que seja, a um só tempo, realmente capaz de dar tutela ao direito e implique na menor restrição possível à esfera jurídica do réu.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual*, p. 137). Também, BALEOTTI: “A liberdade atribuída ao juiz na utilização dos meios executivos refere-se também a possibilidade de utilizá-los de maneira cumulada, ou seja, há a permissão para que o juiz se utilize, *segundo as medidas da efetividade e da menor onerosidade*, de mais de uma medida para fazer real o comando contido no título.” (sem grifo no original) (BALEOTTI, Francisco Emilio. *Extensão dos poderes do juiz na execução*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, set. 2011. vol. 199). Sobre a interpretação do artigo 620 do CPP, consultar MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tendências na execução de sentença e ordens judiciais*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 221.

⁹² Sobre o tema, DIDIER JR., CUNHA, BRAGA e OLIVEIRA: “Assim, havendo vários meios executivos aptos à tutela adequada e efetiva do direito de crédito, escolhe-se a via menos onerosa ao executado. O princípio [da menor onerosidade da execução] visa impedir a *execução desnecessariamente onerosa ao executado*; ou seja, a *execução abusiva*.” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo J. C.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Obra citada*, p. 56).

⁹³ ARENHART, Sérgio Cruz. *Tutela inibitória da vida privada*. p. 215.

norma geral de proteção do devedor, mas apenas como dispositivo que visa a vedar o abuso de direito do próprio credor⁹⁴. E é exatamente esta percepção que permite concluir, como acima exposto, que antes desse critério deve necessariamente o magistrado passar pela análise da máxima efetividade da execução. Com este binômio de critérios, e com a atipicidade que lhes permeia, competiria a si adotar *in casu* as medidas mais compatíveis com a frutuosidade do processo executivo.

(c) Da teoria à realidade: atipicidade e hipertrofia da multa coercitiva

Conforme salientado por Remo CAPONI a partir de sua perspectiva panprocessual, porém, a efetividade do processo passa pela harmonia entre vetores culturais e legislativos (o que se majora em casos nos quais o que está em jogo é, exatamente, uma modificação nas balizas de atuação do magistrado)⁹⁵. Isto faz com que a abertura normativa, por si só, seja pouco para assegurar a almejada efetividade processual, exigindo-se também a aptidão dos operadores da matéria para manejar adequadamente este convite à criatividade. E aqui, por mais que passos venham sendo dados neste sentido, parece-nos que a caminhada ainda se coloca em um ponto no qual a multa coercitiva é constantemente hipertrofiada, sendo utilizada mesmo quando não reflete a melhor resposta à situação.

De um lado, em uma breve análise constatamos que tem sido internalizada na jurisprudência, pouco a pouco, a percepção sobre a importância de conceder ao autor a tutela específica ou o resultado prático equivalente⁹⁶, deixando-se apenas para segundo plano a sua conversão em perdas e danos⁹⁷ e concebendo o caráter alternativo e subsidiário existente entre

⁹⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo J. C.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Obra citada*, p. 56.

⁹⁵ CAPONI, Remo. *Obra citada*, p. 399-415.

⁹⁶ Sobre a liberdade do magistrado para estipular as medidas adequadas para a tutela específica dos direitos do autor, ou o respectivo resultado prático equivalente, o seguinte acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. O Juiz pode determinar as medidas necessárias para a efetivação da tutela específica ou do resultado prático equivalente, nos termos do art. 461, §5º, CPC. No caso concreto, fez-se necessário o bloqueio de verbas públicas para garantir o tratamento da autora com o medicamento solicitado, como forma de garantia do direito à saúde, tutelado constitucionalmente. (TRF4, 3ª Turma. AG 50009135920114040000. Rel. Des. Maria Lúcia Luz Leiria. DJU 14/04/2011).

⁹⁷ Sobre o tema, o seguinte acórdão: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONVERSÃO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER EM PERDAS E DANOS. IMPOSSIBILIDADE MATERIAL DE CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO ESPECÍFICA. POSSIBILIDADE. 1- Verificada a impossibilidade do cumprimento da obrigação ou a obtenção de resultado prático equivalente, deve-se converter a obrigação de fazer em perdas e danos, fixando multa pelo seu descumprimento. Art. 461, § 1º, do CPC. 2- Na hipótese, a multa fixada foi revogada posteriormente, por entender o magistrado que a CEF olvidou todos os esforços possíveis para o cumprimento da obrigação. 3- Agravo de instrumento desprovido. Decisão mantida.” (TRF2, 6ª Turma. AG 200602010140485. Rel. Des.

tais modalidades de intervenção⁹⁸. Atitude com este contorno protetivo é vista, por exemplo, no entendimento de que o juiz, caso necessário e adequado à situação, pode bloquear valores diretamente da conta corrente do ente público – visão já pacificada no Superior Tribunal de Justiça e que vem sendo constantemente aplicada para o fornecimento de medicamentos em casos urgentes. De acordo com excerto da ementa de acórdão relatado pelo Ministro José Delgado, por exemplo:

Com efeito, o art. 461, § 5º, do CPC ao referir que o juiz poderá, de ofício ou a requerimento da parte, para a efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente, “determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas ou coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”, apenas previu algumas medidas cabíveis na espécie, não sendo, contudo, taxativa a sua enumeração. De tal maneira, é permitido ao julgador, à vista das circunstâncias do caso apreciado, buscar o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela almejada, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. É possível, pois, em casos como o presente, o bloqueio de contas públicas. 4. Tal como se evidencia, não há divergência jurisprudencial a ser dirimida, ao contrário, como restou demonstrado, o acórdão embargado está em absoluta sintonia com o entendimento aplicado à questão por este Superior Tribunal de Justiça, que admite, em situações excepcionais, o bloqueio direto de verbas públicas. 5. No caso, a autorização excepcional para o bloqueio de valores públicos objetivou o fornecimento de medicação, em caráter de urgência, à parte suplicante, sob pena de comprometimento da própria vida.⁹⁹

Frederico Gueiros. DJU 23/06/2010, p. 176/177). Ver também TRF2, 6ª Turma. AGV 200502010066839. Rel. Des.: Rogério Carvalho. DJU 21/10/2005, p. 168.

⁹⁸ Decidiu o STJ, demonstrando tal entendimento: “Ação cominatória. Obrigação de fazer. Artigos 1.056 do antigo Código Civil e 461 do Código de Processo Civil. Dano material. Dano moral. Valor. Precedentes da Corte. 1. Pertinente a conversão da obrigação em perdas e danos se o autor requerer, se for impossível a tutela específica ou a obtenção de resultado prático equivalente ao do adimplemento. No caso, imposta a condenação para recuperação do prédio danificado, não é pertinente impor também a condenação por danos materiais, a serem apurados em liquidação. 2. Pertinentes os danos morais diante da situação concreta dos autos, bem identificado no acórdão os elementos que o ensejam, assim, a angústia, o sofrimento, diante dos riscos decorrentes dos danos causados. 3. O valor do dano moral somente pode ser revisto na Corte se exagerado, abusivo ou insignificante, devendo ser fixado em valor certo e não no equivalente em salários mínimos. 4. Recurso especial conhecido e provido, em parte.” (STJ, 3ª Turma. REsp 200500836783. Rel. Min.: Carlos Alberto Menezes Direito. DJU 27/11/2006, p. 281).

⁹⁹ STJ, 1ª Seção. EREsp 200501901619. Rel. Min.: José Delgado. DJU 21/08/2006, p. 224. No mesmo sentido o entendimento do Relator Ministro Luiz Fux: “1. A obrigação de fazer que encerra prestação de fornecer medicamentos admite como meio de sub-rogação, visando adimplemento de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela proferida em desfavor do ente estatal, bloqueio ou seqüestro de verbas depositadas em conta corrente. 2. Isto por que, sob o ângulo analógico, as quantias de pequeno valor podem ser pagas independentemente de precatório e a fortiori serem, também, entregues, por ato de império do Poder Judiciário. 3. Depreende-se do art. 461, §5.º do CPC, que o legislador, ao possibilitar ao juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas assecuratórias como a “imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”, não o fez de forma taxativa, mas sim exemplificativa, pelo que, in casu, o seqüestro ou bloqueio da verba necessária à aquisição dos medicamentos objetos da tutela deferida, providência excepcional adotada em face da urgência e imprescindibilidade da prestação dos mesmos, revela-se medida legítima, válida e razoável. 4. Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a

De outro, entretanto, ainda percebemos a excepcionalidade do uso pelos julgadores da liberdade que lhes é normativamente assegurada, analisando detidamente o caso concreto para identificar os percursos mais adequados para a proteção¹⁰⁰. E é este o panorama que faz com que a multa coercitiva (cuja aplicação, a princípio, possui feição mais simples) venha sendo utilizada na parcela majoritária dos casos¹⁰¹.

A questão que se coloca não é a própria efetividade deste mecanismo, mas a possibilidade de sua aplicação ocorrer de maneira desconectada da reflexão a respeito das

impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. (...)”(STJ, 1ª Turma. AGREsp 200602117536. Rel. Min.: Luiz Fux. DJU 29/03/2007, p. 230).

¹⁰⁰ Exemplo de situação em que a medida executiva adotada refletiu as peculiaridades da situação fática é descrita no excerto de acórdão do TRF da 5ª Região: “Inexiste controvérsia quanto à existência do acidente ambiental ocorrido em outubro de 2008: em razão a obstrução ocorrida em uma das canaletas das caixas de drenagem química da unidade de uréia, a Fábrica de Fertilizantes Nitrogenados de Sergipe (FAFEN-SE), unidade operacional da PETROBRAS, lançou produtos químicos no Rio Sergipe, elevando o nível de amônia muito acima do normal e causando a mortandade de toneladas de peixes e camarões. 6. As causas do dano ambiental decorreram de fatos internos à própria unidade industrial, ligados tanto à deficiência do projeto de drenagem dos dejetos químicos quanto à precária manutenção das respectivas canaletas, como constado por perícia realizada no curso do processo. Alegação de caso fortuito que não procede. 7. A solução dada pela PETROBRAS em razão do cumprimento da medida liminar concedida neste processo (direcionamento da rede de drenagem de águas pluviais da seção de uréia da FAFEN-SE para as bacias de acumulação já existentes e posterior lançamento no mar, sem qualquer ligação com o Rio Sergipe) atende integralmente à pretensão da Autora (evitar que dejetos químicos sejam lançados nas águas do Rio Sergipe). Desnecessidade de construção de tanques de captação das águas pluviais, onde estas seriam analisadas e tratadas, se necessário, antes de seu lançamento no Rio Sergipe. Primeiro porque no sistema de drenagem atual as águas pluviais não são mais lançadas no Rio Sergipe, mas em alto mar, juntamente com dejetos químicos, não havendo possibilidade de vazarem para o rio, conforme informado pelo perito. Segundo porque embora em tese possível, a construção desses tanques é prática, operacional e economicamente inviável, conforme atestado em perícia judicial. (...)”(TRF5, 2ª Turma. AC 200885000037830. Rel. Des.: Rubens de Mendonça Canuto. DJU 16/06/2011, p. 509). Igualmente, o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça, no sentido de que o Magistrado possui sim ampla liberdade para utilizar de medidas executivas capazes de tutelar especificamente os direitos do autor: “Alegação de violação da Lei nº 8.894, que nas sanções ao eventual abuso do poder econômico não estabelece como penalidade a abertura compulsória do mercado, impondo contratados indesejados pelos contratantes. 10. Sob esse ângulo, é cediço que a possibilidade jurídica do pedido afere-se não pela previsão do mesmo no ordenamento, mas pela vedação do que se pretende via tutela jurisdicional, por isso que, em tema de direito processual, máxime quanto ao acesso à justiça, vige o princípio da liberdade, sendo lícito pleitear-se o que não é vedado. 11. Deveras, a efetividade da prestação jurisdicional implica em resultados práticos tangíveis e não meras divagações acadêmicas, porquanto, de há muito já afirmava Chiovenda, que o judiciário deve dar a quem tem direito, aquilo e justamente aquilo a que faz jus, posto não poder o processo gerar danos ao autor que tem razão. Ora, é da essência da ação civil pública gerar tutela específica, inibitória ou repressiva, sendo livre o juiz não só quanto às medidas de apoio para fazer valer a sua decisão, como também na prolação da mesma, impondo o que no direito anglo-saxônico se denomina *specific performance*. In casu, o Tribunal impôs uma prestação específica independentemente das multas, por isso que cada uma das medidas vem prevista em leis federais distintas a saber: a que veda as práticas abusivas econômicas (lei 8.884/94) e 7.437/85 (lei da ação civil pública).” (STJ, 1ª Turma. REsp 200401268898. Rel. Min.: Luiz Fux. DJU 13/02/2006, p. 679). Ver também STJ, 2ª Turma. REsp 200201696195. Rel. Min.: Eliana Calmon. DJU 15/03/2004, p. 236.

¹⁰¹ Ver, por exemplo, TJSP, 33ª Câmara de Direito Privado. AG 0224462-23.2012.8.26.0000. Rel. Min.: Mario A. Silveira. DJU 05/11/2012; TRF1, 5ª Turma. AC 200637000027922. Rel. Des.: Souza Prudente. DJU 12/06/2012, p. 172; TRF2, 7ª Turma. AC 200650040000770, Rel. Des.: José Antônio Lisboa Neiva. DJU 09/07/2012, p. 510 e 511;

peculiaridades do caso. Em outros termos, não se duvida da eficácia que a multa pode atingir, mas se ressalta a necessidade de que sua eleição se dê em atenção à situação em juízo e aos dois critérios sinalizados no item anterior, como didaticamente frisado pelo próprio Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

A tutela inibitória é orientada pelos princípios da efetividade e da necessidade. O princípio da efetividade, em garantia de importantes direitos constitucionalmente protegidos, visa a evitar a degradação da tutela efetiva do direito material em ressarcimento em pecúnia. É dizer que o juiz pode conceder tutela diversa daquela pedida para que um direito possa efetivamente ser tutelado. O princípio da necessidade, por sua vez, se desdobra nos princípios da menor restrição possível e do meio mais idôneo. É a "justa medida" da tutela inibitória. No caso em espécie, as provas demonstraram que o réu não poderia ter entregado o veículo, porque não tinha sua posse ou sequer sabia da sua localização. Sua boa-fé evidenciou-se no desenrolar dos fatos processuais. Assim, a astreinte não era o meio idôneo à tutela do direito da União, não era a medida menos gravosa ao réu e não concretiza a "justa medida".¹⁰²

A análise casuística é assim imprescindível para a adequada resolução do caso, podendo revelar que a opção pela multa coercitiva é inidônea. Esta avaliação deve passar por um teste em que sejam confrontadas a natureza da ferramenta (e seus contornos) com a proteção pleiteada (e o par de critérios que deve norteá-la). Respeitosamente, contudo, consideramos que os nossos julgadores não raramente deixam de realizar tal exame, em boa escala pela incompreensão da natureza desta multa e pela sua confusão com outros institutos. É para ressaltar a importância de tal investigação que nos próximos tópicos analisaremos estes aspectos, apresentando, por fim, uma situação específica (a dos litígios societários) em que a compreensão adequada impacta diretamente no manejo da medida.

3. A multa coercitiva

3.1 Figuras análogas

(a) astreinte

Para iniciar esta exposição, aproximamo-nos da multa coercitiva de maneira comparatista, observando algumas figuras análogas existentes em outras localidades. Por primeiro, focamos o sistema francês, em que o meio executivo indireto com maior expressão é a *astreinte*. Esta surgiu - como ocorreu com a maior parte dos meios executivos - da necessidade histórica de uma medida que visasse à superação da vontade do devedor, de

¹⁰² TRF4, 2ª Turma. AC 200171000108129. Rel. Min.: Dirceu de Almeida Soares. DJU 13/07/2005, p. 377. Ver também STJ, 1ª Turma. AGREsp 200802159313. Rel. Min.: Benedito Gonçalves. DJU 12/03/2010.

encontro com o legado daquele país, em que, desde a Revolução Francesa, a ampla liberdade da pessoa humana sempre foi fundamental. O principal dispositivo que merecia combate era o artigo 1.142 do *Code Napoléon*, de acordo com o qual: “Toda obrigação de fazer ou de não fazer se resolve em perdas e danos, no caso de inexecução por parte do devedor.”¹⁰³.

Desta feita, a fim de fazer cumprir suas decisões, as *astreintes* passaram a ser utilizadas pelos magistrados no início do século XIX; ou seja, os juízes criaram tal ferramenta por si próprios e passaram a fazer uso dela, *contra legem*¹⁰⁴. Consequentemente, não tiveram aprovação doutrinária, já que feriam constantemente dispositivo legal expresso¹⁰⁵. Entretanto, tendo em vista a continuidade do uso por parte dos juízes, a doutrina, a partir do século XX, passou a aceitar e reconhecer o valor prático da referida medida¹⁰⁶.

Durante esse período de utilização da *astreinte* de maneira *contra legem*, e especialmente por ter sido ela uma medida criada dessa forma, houve ausência de linearidade no entendimento quanto à sua natureza e extensão. Por muito tempo a *astreinte* foi liquidada com base no dano sofrido pelo credor em razão do atraso na execução da sentença; era considerada *préfixação* das perdas e danos no caso de descumprimento¹⁰⁷. Vale ressaltar que, de acordo com GUERRA, “tal orientação representou, na verdade, uma virtual eliminação as *astreinte*, na medida em que lhe retirou o traço mais peculiar, ou seja, o caráter *coercitivo*, não indenizatório, que lhe permitia exercer uma real pressão psicológica sobre a vontade do devedor (...)”¹⁰⁸.

¹⁰³ “Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d’inexécution de la part du débiteur.”

¹⁰⁴ Sobre o tema, ver TARUFFO, Michele. *Obra citada*, p. 83 e 84.

¹⁰⁵ De acordo com LIEBMAN: “A doutrina francesa criticou em geral este sistema, por não ter fundamento em lei e porque, encarado como forma de indenização, contraria o princípio da correspondência entre o dano e o ressarcimento.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, p. 169).

¹⁰⁶ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 111.

¹⁰⁷ Leciona TARUFFO: “No curso da complexa evolução histórica do instituto, em realidade, a distinção entre *astreinte* e dano por inadimplemento não é sempre clara, seja porque a Jurisprudência continua a basear a *astreinte* no art. 1.142 do CC, seja porque emerge, mais uma vez, a tendência de se liquidar a *astreinte* na base do dano sofrido pelo credor por causa do atraso na execução da sentença.” (TARUFFO, Michele. *Obra citada*, p. 84). Também, sobre o tema, SILVA: “Mas é obvio que, não obstante aparecer, no momento de ser pronunciada, com valor coercitivo, o facto de no momento final ser fixada em função dos danos sofridos pelo devedor, juntamente com o seu carácter provisório e reexaminável, diminuía, senão eliminava mesmo, o valor cominatório da *astreinte*, já que o devedor sabia de antemão que a condenação à *astreinte* não passava de urna ameaça de condenação à indenização e era, portanto, urna falsa *astreinte*.” (SILVA, João Calvão da. *Obra citada*, p. 376). No mesmo sentido, LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, p. 169. No mesmo sentido, leciona SÁ: “Mas nem sempre as coisas assim se passaram, pois antes das reformas introduzidas pelas Leis de 1972 e de 1991, a *astreinte* era assimilada a perdas e danos e tinha por fim expresso a reparação dos prejuízos infligidos em função do atraso no cumprimento da obrigação.” (SÁ, Fernando. Considerações sobre a multa cominatória na jurisprudência francesa e brasileira. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, fev. 2011. vol. 192, p. 169).

¹⁰⁸ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 112.

Contudo, impossível negar a verdadeira natureza cominatória da medida, já que surgiu, como visto, para conceder aos magistrados poder suficiente para fazer cumprir suas decisões¹⁰⁹. Em virtude da força da doutrina e da jurisprudência nesse sentido, a *Cour de Cassation*, em 20.10.1959 modificou seu entendimento, admitindo um valor não desconexo às perdas e danos sofridos pelo atraso para a *astreinte*¹¹⁰. A função coercitiva dessa medida foi finalmente confirmada com a Lei sobre Execução de 05.07.1972¹¹¹, a qual, ao invés de se limitar aos resultados alcançados por meio dos precedentes, eliminou definitivamente as incertezas e controvérsias anteriormente existentes, inovando quanto à chamada *astreinte* definitiva, a qual passou a possuir exatamente a mesma natureza jurídica que a provisória¹¹². Leciona TARUFFO:

Não é por acaso que, de fato, depois da Lei de 1972, se pode dizer que a *astreinte* mantém a mesma função também quando o atraso na execução não tenha provocado danos e que, sendo este instituto coisa totalmente diferente do ressarcimento do dano, é destinado, até a *cumular-se* com este último¹¹³.

Atualmente, o instituto vem se generalizando cada vez mais, tendo aplicação sempre que um mandamento judicial necessita ser cumprido, e não apenas nos casos de descumprimento de obrigações de fazer e de não fazer¹¹⁴. O juiz possui ampla liberdade para escolher quando e de que modo irá aplicá-la¹¹⁵. É vista, assim, não enquanto medida executiva

¹⁰⁹ No entendimento de LIEBMAN: “Chama-se *astreinte* a condenação pecuniária proferida em razão de tanto por dia de atraso (ou por qualquer outra unidade de tempo, conforme as circunstâncias), destinada a obter do devedor o cumprimento de obrigação de fazer pela ameaça de uma suscetível de aumentar indefinidamente. Caracteriza-se a *astreinte* pelo exagêro da quantia em que se faz a condenação, que não corresponde ao prejuízo real causado ao credor pelo inadimplemento, nem depende de tal prejuízo. É antes uma pena imposta com caráter cominatório para o caso em que o obrigado não cumprir a obrigação no prazo fixado pelo juiz.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, p. 169).

¹¹⁰ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 113.

¹¹¹ TARUFFO, Michele. *Obra citada*, p. 84. A Lei a que nos referimos é a ‘*Loi 72-626 du 05 Juillet 1972*’, melhorada pela ‘*Loi 91-650 du 09 Juillet 1991*’. Explica SÁ: “Enfatizava-se a inteligência do art. 36 (da Lei de 09.07.91), pelo qual o montante da *astreinte* havia de ser apurado levando em conta o comportamento daquele a quem a injunção era dirigida, e às dificuldades que porventura enfrentara para cumpri-la. Por certo, a liquidação da *astreinte* passava a ter por centro de gravitação a conduta faltosa do devedor, e não o prejuízo sofrido pelo credor da obrigação.” (SÁ, Fernando. *Obra citada*, p. 169).

¹¹² De acordo com GUERRA, antes da sedimentação legislativa, a *astreinte* definitiva deveria estar limitada ao valor das perdas e danos, entendimento este que mudou radicalmente depois de 1972. (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 114 e 115). Ver também, LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 153.

¹¹³ TARUFFO, Michele. *Obra citada*, p. 84.

¹¹⁴ De acordo com LOURENÇO: “Posteriormente, este meio compulsório viu o seu campo de aplicação alargado, pois em vez de ser considerado um meio de aplicação subsidiária, a jurisprudência começou a aplicá-lo, em regra, sempre que se demonstrasse um meio eficaz.” (LOURENÇO, Paula Meira. *Obra citada*, p. 152). Ver também, TALAMINI, Eduardo. *Obra citada*, p. 54.

¹¹⁵ De acordo com CHABAS: “Mais de cette nature de ‘non-dommages et intérêts’ de l’astreinte résulte son caractère arbitraire (plus ou moins étendu) qui se manifeste, entre autres, de deux façons: dans le prononcé et

subsidiária¹¹⁶, incidente apenas nos casos de obrigações infungíveis, mas também nas situações em que há prestação fungível, no lugar dos meios sub-rogatórios como, por exemplo, nas obrigações de dar e de pagar soma em dinheiro¹¹⁷. Essa característica, ainda não aplicada plenamente no direito brasileiro, é bastante interessante. Ainda, podem as *astreintes* acompanhar também as *ordonnances référé*, emitidas em caráter provisório, o que permite a proteção rápida em casos de cognição sumária¹¹⁸. Válido ressaltar, igualmente, que não apenas os juízos comuns, mas também as jurisdições de exceção, assim chamadas, possuem poder para utilizar dessa medida¹¹⁹.

Há, contudo, alguns pontos negativos no tocante às *astreintes*. O principal deles, constantemente criticado pela doutrina, é quanto ao destinatário da multa: a importância auferida com a sua aplicação reverte em favor do credor¹²⁰. A crítica feita, bastante coerente, é a de que, se o objetivo da *astreinte* é fazer valer uma ordem judicial, não haveria sentido em ela ser concedida ao credor; este, ao recebê-la, estaria enriquecendo ilicitamente¹²¹. Ademais, por muito anos se lutou pela separação entre a multa e a indenização; aceitar o recebimento pelo credor é ir de encontro às conquistas tão celebradas com o advento das Leis de 1972.

Objetivando solucionar esta situação, o projeto da já mencionada Lei de 1991 continha um dispositivo autorizando que o magistrado revertisse parte do auferido com a multa para um fundo nacional de ajuda social, quando considerasse que a liquidação da pena poderia

(de maniere moins nette de nos jours) dans le choix de la forme de l'astreinte. (...) Pendant la vie de l'astreinte le taux de celle-ci (hormis, à notre avis le cas de l'astreinte définitive) peut être modifié: à la hausse (Paris, 16.2.61, *Sem. jur.* 1961.II.12146 et note P. Mazeaud), comme à la baisse (Com. 14.6.88, *Sem. jur.* 1988.IV.294); son terme peut être prorogé. Et tout cela sans contrôle de la Cour de cassation et éventuellement *proprio motu*. Le pouvoir du juge, est, ici encore, arbitraire." (CHABAS, François. L'astreinte em droit français. In: *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*. São Paulo: RT, jun. 2011. vol. 2, p. 1159).

¹¹⁶ Novamente, CHABAS: "En revanche, il n'existe aucune règle de subsidiarité: la condamnation à l'exécution (sous astreinte) en nature est possible, même si le créancier dispose d'un autre moyen pour obtenir gain de cause. Bien évidemment, la présence d'une clause pénale accessoire au contrat n'empêche pas le créancier de demander la condamnation sous astreinte à l'exécution en nature." (CHABAS, François. *Obra citada*, p. 1159).

¹¹⁷ TARUFFO, Michele. *Obra citada*, p. 85.

¹¹⁸ Ensina TALAMINI: "O procedimento de *référé* permite proteção rápida, mediante cognição sumária, em três diferentes grupos de hipótese: i) outorga de medidas exigidas pela urgência da situação (arts. 808, 848 e 872); ii) cessação de turbações manifestamente ilícitas e prevenção de danos iminentes (arts. 809, 1, 849, 1, e 873, 1); e iii) efetivação de um dever não seriamente contestado (arts. 809, 2, 849, 2, e 873, 2)." (TALAMINI, Eduardo. *Obra citada*, p. 55).

¹¹⁹ De acordo com CHABAS: "Il s'ensuit que toutes les juridictions sont compétentes. Non seulement celles qui ont compétence de droit commun (tribunal de grande instance ou d'instance) mais les juridictions d'exception (tribunal de commerce par exemple, ou conseil de prud'hommes). Il en ira de même pour les juridictions répressives en ce qui concerne les intérêts civils ou encore pour le juge de la mise en état (qui est en quelque sorte notre juge de l'instruction des procès civils)." (CHABAS, François. *Obra citada*, p. 1159).

¹²⁰ TALAMINI, Eduardo. *Obra citada*, p. 51.

¹²¹ Sobre o tema, ver ARENHART. Sérgio Cruz. *A doutrina brasileira da multa coercitiva: três questões ainda plêmicas*. Disponível em: http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/143280/A_DOUTRINA_BRASILEIRA_DA_MULTA_COERCITIVA_-_TRES_QUESTOES_AINDA_POLEMICAS. Acesso em 18 ago. 12.

injustificadamente enriquecer o credor. Conquanto tal projeto tenha sido acolhido por parte da Assembleia Nacional, foi rejeitado no Senado sob o argumento de que o inadimplemento de devedores privados não deveria beneficiar fundos públicos¹²².

Por outro lado, a lei relativa à *astreinte* emanada do *Conseil d'État*, ao contrário do que se dá no âmbito do direito privado, autoriza que o produto da multa seja revertido para um fundo local, gerido pelo *Ministre de l'Intérieur* ou por seus delegados¹²³. O sistema francês, portanto, não se contentou com o fato de a *astreinte* ter como destinatário final o próprio credor, buscando na esfera administrativa disciplina que compatibilizou o sistema com a própria finalidade da multa de coerção do sujeito passivo e com o respeito às ordens emanadas pelas autoridades.

(b) sanção pecuniária compulsória

A sanção pecuniária compulsória, inspirada na *astreinte* francesa, acima estudada, entrou em vigor no Direito Português por meio do Decreto-Lei nº 262/83, e foi consagrada no artigo 829-A¹²⁴ do Código Civil daquele país. Ela possui, de acordo com SILVA, três características principais. Primeiramente, o fato de ser verdadeira medida coercitiva ou compulsória, já que constitui forma de ameaça ao devedor, para que realize a prestação devida. Em segundo lugar, tal instituto possui a característica de ser medida coercitiva patrimonial, e não pessoal. Assim, em contraste com o que se dá, por exemplo, com a prisão

¹²² Explicando o ocorrido, GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 124. Ver também, LOURENÇO, Paula Meira. *Obra citada*, p. 305.

¹²³ É o que dispõe o Arrêté royal du 2 avril 1991, segundo o qual, em seu art. 25: “Le fonds spécial auquel revient l’astreinte est géré par le Ministre de l’Intérieur ou son délégué”. Versão atualizada do referido *Arrêté* pode ser obtida no site: http://www.raadvst-consetat.be/?page=proc_admin_law&lang=fr. Trazendo explicação bastante esclarecedora, o site francês *Justice en ligne*: “L’astreinte peut être prononcée par les juridictions de l’ordre judiciaire à l’appui de leurs condamnations. En vertu d’une loi particulière, le Conseil d’Etat le peut également à la suite de ses arrêts d’annulation. Cette astreinte en matière administrative diffère toutefois de celle qui peut être prononcée par les juridictions judiciaires, notamment en ce que son montant n’est pas acquis à la partie qui obtient gain de cause, mais doit être versée à un fonds spécial finançant l’informatisation des juridictions administratives.” (Justice en ligne. *Lexique: astreintes*. Disponível em: <http://www.justice-en-ligne.be/article241.html>. Acesso em 10 nov. 12).

¹²⁴ Artigo 829.º-A - (Sanção pecuniária compulsória): 1 - Nas obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo, salvo nas que exigem especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado, o tribunal deve, a requerimento do credor, condenar o devedor ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infracção, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso. 2 - A sanção pecuniária compulsória prevista no número anterior será fixada segundo critérios de razoabilidade, sem prejuízo da indemnização a que houver lugar. 3 - O montante da sanção pecuniária compulsória destina-se, em partes iguais, ao credor e ao Estado. 4 - Quando for estipulado ou judicialmente determinado qualquer pagamento em dinheiro corrente, são automaticamente devidos juros à taxa de 5% ao ano, desde a data em que a sentença de condenação transitar em julgado, os quais acrescerão aos juros de mora, se estes forem também devidos, ou à indemnização a que houver lugar.

civil por dívidas, a pressão sobre a vontade do devedor tem por objeto não a própria pessoa, mas sim o seu patrimônio. Finalmente, é natural deste instituto a possibilidade de incidência de uma sanção pecuniária, caso o devedor se recuse a cumprir o mandamento proferido pelo juiz¹²⁵.

Se, de um lado, o ora estudado meio executivo visa ao cumprimento voluntário das obrigações já assumidas pelas partes, de outro, objetiva a eficácia das decisões judiciais. Há, assim, verdadeira finalidade moral, na medida em que se busca garantir o respeito ao mandamento proferido pelo juiz¹²⁶. Como visto no primeiro capítulo deste trabalho, o magistrado, onde quer que seja sua jurisdição, precisa possuir as ferramentas adequadas para fazer cumprir suas decisões; no direito português, a ferramenta escolhida para tanto foi a sanção pecuniária compulsória.

Conclui SILVA, portanto, que “(...) a sanção pecuniária compulsória é a ameaça para o devedor de uma sanção pecuniária, ordenada pelo juiz, para a hipótese de ele não obedecer a condenação principal.”¹²⁷ Ademais, acrescenta que, conquanto o *nomen juris* dado ao instituto comece pela expressão “sanção”, este não está teleologicamente orientado a penalizar o devedor inadimplente, mas sim a ameaçá-lo ou a coagi-lo. A sanção, desta feita, é condição à eficácia do instituto, pois se esta não existisse, tampouco existiria ameaça de sua incidência e, com isso, desapareceria o caráter coercitivo da medida¹²⁸.

¹²⁵ SILVA, João Calvão da. *Obra citada*. p. 394 e 395.

¹²⁶ Sobre o tema, leciona SILVA: “E, assim, a finalidade moral de assegurar e garantir o respeito pela palavra dada e a finalidade de tornar eficaz a decisão judicial, perseguidas pela sanção pecuniária compulsória, fazem desta uma arma contra a impotência fáctica e contra o declínio do direito e a favor da autoridade dos tribunais e do prestígio da justiça, já que contribui para uma melhor, mais célere e mais efetiva administração desta, com dispensa muitas vezes de processo executivo - longo, dispendioso e incómodo, não raras vezes impotente para proporcionar ao credor tudo aquilo a que tem direito segundo a lei substantiva e que obteria pelo cumprimento.” (SILVA, João Calvão da. *Obra citada*, p. 395 e 396). De acordo com LOURENÇO, a sanção pecuniária compulsória “visa uma dupla finalidade de moralidade e de eficácia: reforçar a soberania dos tribunais, o respeito pelas suas decisões e favorecer a execução específica das obrigações de prestação de *facere* ou de *non facere* infungível.” (LOURENÇO, Paula Meira. *Obra citada*, p. 305).

¹²⁷ SILVA, João Calvão da. *Obra citada*, p. 395.

¹²⁸ É nesse sentido que defende LOURENÇO haver certo caráter punitivo na sanção pecuniária compulsória, o qual surgiria, em verdade, da necessidade de execução de tal medida depois do seu incumprimento: “Entendemos que uma ameaça só funciona antes do incumprimento, tal como uma sanção só pode ser aplicada depois do incumprimento. (...) O caráter punitivo da sanção pecuniária revela-se porque o devedor só tem duas hipóteses: cumpre a obrigação de prestação de fato infungível, ou paga um montante, determinado pelo tribunal segundo critérios de razoabilidade, o qual acresce à indenização. Com efeito, a sanção é atribuída ‘sem prejuízo da indenização a que houver lugar’ (art. 829.º-A, n. 2), ou seja, trata-se de um verdadeiro montante punitivo, o qual é atribuído ao credor e ao Estado, em partes iguais (art. 829.º-A, n. 3), à semelhança do que acontece em relação a alguns *punitive damages* anglo-saxónicos. Reforça a nossa convicção o fato de a sanção pecuniária compulsória legal prevista no n. 4 do art. 829.º-A, ser aplicável de forma automática, acrescentando à indenização e à mora das obrigações pecuniárias.” (LOURENÇO, Paula Meira. *Obra citada*, p. 308 e 309).

Diferentemente do que ocorreu no Direito Francês, em que a percepção sobre a natureza das *astreintes* levou vários anos, em Portugal, muito provavelmente em razão de ter havido, desde o início, legislação sobre o tema, houve e ainda há clara distinção entre a sanção pecuniária compulsória e multas de caráter indenizatório¹²⁹. Ao encontro deste entendimento está a legislação portuguesa que, de forma explícita, dispôs serem cumuláveis a sanção pecuniária compulsória e a indenização cabível¹³⁰.

Ainda, importante observar que, da mesma forma como ocorre em nosso sistema, em Portugal os magistrados possuem ampla liberdade para estabelecer o modo de fixação da medida executiva aqui discutida. O n.1 do artigo 829.º-A estabelece que cabe ao juiz verificar as circunstâncias do caso ao decidir a forma da sanção. É que a sanção pecuniária compulsória pode ser aplicada de forma escalonada, por período de atraso ou por infração, ou ainda, de forma global, devendo o magistrado verificar qual a medida mais eficaz no caso concreto. Se, por exemplo, a obrigação é de fazer, e o seu atraso, ainda que prejudique o credor, não torne inútil a medida, a forma escalonada tende a ser a mais efetiva. Entretanto, caso o atraso na obrigação inviabilize seu cumprimento posterior, ou caso a obrigação seja de não-fazer, e a atitude positiva do devedor torne inútil a medida, apenas a forma global será adequada.

Ao escolher o montante da sanção, de acordo com o n.2 do artigo 829.º-A, o magistrado deve seguir critérios de razoabilidade, não havendo quaisquer parâmetros mínimos ou máximos pré-fixados pela legislação¹³¹. Sobre o tema ensina, mais uma vez, SILVA:

Trata-se [critério de razoabilidade], em suma, de um convite do legislador à colaboração do juiz segundo a equidade (cfr. Art. 4.º, al. a)), a fim de que, tomando em consideração os dados concretos da relação jurídica controvertida e a situação das partes, fixe um montante adequado que permita à sanção pecuniária compulsória ser eficaz na realização dos objectivos que lhe são próprios - o cumprimento da obrigação e a obediência ao tribunal. Como o escopo da sanção pecuniária compulsória não é o de reparar os danos causados pela falta de cumprimento pontual mas o de dobrar ou vergar a vontade do devedor rebelde, o seu montante será fixado sem relação alguma com o dano sofrido pelo credor.¹³²

Algo bastante particular no que diz respeito a este instituto do direito português é o seu beneficiário. De acordo com n. 3 do artigo 829.º-A “o montante da sanção pecuniária

¹²⁹ “A sanção pecuniária compulsória não tem, pois, natureza indemnizatória, sendo independente da existência e da extensão do dano resultante do não cumprimento pontual e do do desrespeito ou do não respeito no tempo devido da condenação principal que reforça.” SILVA, João Calvão da. *Obra citada*, p. 410. Sobre o tema, ver TALAMINI, Eduardo. *Obra citada*, p. 70.

¹³⁰ É o que dispõe o n. 2 do artigo 829.º-A do Código Civil Português.

¹³¹ Ver SILVA, João Calvão da. *Obra citada*, p. 419 e 420.

¹³² SILVA, João Calvão da. *Obra citada*, p. 420.

compulsória destina-se, em partes iguais, ao credor e ao Estado”. Segundo a doutrina portuguesa, isso se deve ao seu caráter híbrido, já que ao mesmo tempo em que supostamente visa ao cumprimento de uma obrigação devida em favor do credor, visa também ao respeito do mandamento judicial¹³³.

Todavia, da mesma forma como apontado acima, quando se estava referindo às *astreintes*, ao trazer o credor também como destinatário da multa seria possível sustentar seu enriquecimento ilícito; é que a própria legislação portuguesa prevê, como já mencionado, a possibilidade de incidência de indenização de forma cumulada com a sanção pecuniária compulsória. Assim, por não ser papel de tal instituto reparar os prejuízos causados pelo descumprimento da obrigação para com a parte credora, apenas o Estado deveria ser colocado enquanto destinatário final do montante auferido com a aplicação da sanção pecuniária compulsória¹³⁴.

Outro aspecto criticado do sistema português é o fato de que a medida ora estudada apenas pode ser decretada pelo juiz a pedido do credor, por força de lei. É o que dispõe o n. 1 do artigo 829.º-A, de acordo com o qual “(...) o tribunal deve, a requerimento do credor, condenar o devedor ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infração, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso.” Ocorre que, se com a sanção pecuniária compulsória se objetiva o respeito e o consequente cumprimento das decisões judiciais, se com ela se busca potencializar a celeridade e a credibilidade da justiça¹³⁵, não há sentido na dependência do pedido da parte credora para a sua imposição.

(c) multa no direito alemão

O sistema de execução alemão, por sua vez, possui peculiaridades diversas. Diferentemente do que ocorre na França e em Portugal, há inegável rigidez na categorização tipológica das obrigações, o que, conforme ensina TARUFFO, leva a uma tipologia também

¹³³ SILVA, João Calvão da. *Obra citada*, p. 445 a 447.

¹³⁴ Sobre o tema, ver ARENHART, Sérgio Cruz. *A doutrina brasileira da multa coercitiva*, p. 14/19.

¹³⁵ Segundo os ensinamentos de SILVA: “Porém, dada a sua natureza exclusivamente coercitiva, o poder de a ordenar *ex officio* já será natural, se se atender ao objetivo de reforçar a autoridade e o prestígio do tribunal, potenciar a celeridade e a credibilidade da justiça, inclusivamente no domínio de obrigações endoprocessuais, como o dever de cada um dar o seu concurso à justiça, sempre que legalmente solicitado, para o apuramento da verdade.” SILVA, João Calvão da. *Obra citada*, p. 430.

das medidas executivas¹³⁶. Esta tipologia, de acordo com o mesmo autor, tem vigência naquele sistema desde a ZPO de 1877:

A aproximação do ordenamento germânico a este problema é clara na ZPO de 1877 enquanto que o BGB, que entrou em vigor alguns anos depois, acabou por não acrescentar e não modificar, mas, exclusivamente, respeitar o que está na ZPO. Este fato se funda na identidade fundamental segundo a qual o valor prioritário a ser realizado é o adimplemento coativo específico das várias obrigações e também numa classificação um tanto quanto rígida dos vários tipos de obrigações, em que, a cada um deles, se faz corresponder uma particular forma de execução.¹³⁷

A escolha por esta via normativa, continua TARUFFO, acarretaria em um efeito dúplice: se, de um lado, há perfeita clareza sistemática, de outro, há pouca elasticidade para as Cortes analisarem as particularidades de cada caso e adaptarem a técnica executiva às respectivas necessidades¹³⁸. Considerando a existência desta tipologia, apenas obrigações infungíveis de fazer ou obrigações de não fazer (ou de cessar) permitiriam a tutela por meio da multa coercitiva (*Zwangsstrafen*)¹³⁹. Assim, podendo um terceiro praticar a conduta

¹³⁶ Exemplifica o autor: “Tem-se, assim, a categoria das obrigações de conteúdo pecuniário, as quais correspondem às formas de execução por transformação (§§ 803-882, da ZPO); obrigações de entregar ou de liberar, que correspondem aos modos de execução sob forma específica por apreensão coativa do bem (§§ 883-886, da ZPO); obrigações fungíveis de fazer, que correspondem a uma forma de execução direta por sub-rogação de um terceiro, por conta do obrigado (§ 887); obrigações infungíveis de fazer e obrigações de não fazer ou de cessar de fazer alguma coisa que dão origem a execução indireta por meio da *Zwangsstrafen* (§§ 888, 890); e, enfim, obrigações de prestar declaração de vontade, que são levadas a efeito pela própria sentença (§§ 894-896).” (TARUFFO, Michele. *Obra citada*, p. 79). Segundo GERHARD: “In Germany, there is no general measure of indirect enforcement. The choice of an enforcement measure depends on the numerous clauses of the order to be enforced, which is defined by its content.” (GERHARD, Frank. *The extraterritorial judicial penalty - new instrument for the transnational enforcement of extraterritorial injunctions? In.: Yearbook of private international law*. Ed.: Petar Sarcevic e Paul Volken. Germany: European Law Publishers, 2001. vol 3, p. 290).

¹³⁷ TARUFFO, Michele. *Obra citada*, p. 79.

¹³⁸ Discorre o autor: “A rigidez na categorização originalmente adotada pelo Código Processual alemão manteve-se substancialmente até os nossos dias, produzindo um dúplice efeito. De um lado, há a clareza sistemática da tipologia das obrigações e da correspondente tipologia dos instrumentos executivos; neste quadro, continua a valer o princípio do adimplemento específico de todos os tipos de obrigações, mas somente através das formas executivas previstas tipicamente pela lei. Isto vale, em particular, para as obrigações de fazer, mesmo as infungíveis, e continuando a operar, também neste caso, substancialmente de acordo com a originária vontade do legislador processual, dentro de um âmbito de aplicação limitado, ainda que relevante. De outra parte, a clareza se traduz na pouca elasticidade do sistema das tutelas executivas. Sendo claras e rigorosas as escolhas do legislador, deixam pouco espaço para a atividade criativa das Cortes, o que torna muito difícil a adaptação da tutela executiva às necessidades específicas que emergem das situações concretas.” (TARUFFO, Michele. *Obra citada*, p. 82).

¹³⁹ É o que dispõe a primeira parte do n. 1, do § 888, da ZPO: “If an act cannot be done by another person, that is, if it depends solely on the will of the debtor, the court of first instance may order that the debtor is coerced to perform the act through penalty payments and in case these payments cannot be recovered is coerced by penalty or coercive confinement (*Zwangshaft*).” (BOOM, Willem H. van. *Comparative notes on injunction and wrongful risk-taking. In.: Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2010, v. 17. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1663216. Acesso em 06 nov. 12).

almejada no lugar do credor, o magistrado está impedido de aplicar quaisquer técnicas de execução indireta¹⁴⁰.

A par deste dado particular do sistema germânico¹⁴¹, as *Zwangsstrafen* possuem algumas características bastante semelhantes em relação à multa coercitiva prevista em nossa legislação (como restará claro a partir do próximo tópico): são arbitradas pelo juiz à luz da situação concreta, tendem a serem indeterminadas e independem da reparação dos danos eventualmente decorrentes do inadimplemento¹⁴².

Ademais, o caráter coercitivo da multa, em especial nos casos de obrigação de fazer, é flagrante segundo a doutrina¹⁴³. É o que explica TALAMINI:

O caráter de mecanismo coercitivo - e não de sanção penal - sempre foi reconhecido pela doutrina majoritária, em relação às medidas aplicáveis na execução de obrigação de fazer infungível (§ 888). Alteração legislativa procedida em 1974, ao substituir as expressões *Geldstrafe* ("multa") e *Haft* ("prisão") por *Zwangsgeld* ("coação pecuniária") e *Zwangshaft* ("prisão coercitiva"), confirmou a essência de medida de pressão psicológica da multa e da prisão, no §888.¹⁴⁴

Diferentemente da multa coercitiva regulada pelo ordenamento brasileiro, as *Zwangsstrafen* possuem um teto fixado por lei. É o que dispõe a segunda parte do n. 1, do §888, da ZPO, de acordo com o qual o valor da multa não poderá ultrapassar o montante de 25.000 euros¹⁴⁵. Até o patamar destes 25.000 euros, entretanto, ao juiz é permitido definir o valor que entender mais adequado a coagir o sujeito passivo a cumprir o mandamento judicial.

¹⁴⁰ LANDO, Henrik; ROSE, Caspar. *On the enforcement of specific performance in Civil Law countries*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32977-41266-1-PB.pdf>. Acesso em 07 nov. 12; GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 142.

¹⁴¹ Segundo TARUFFO, ainda que o ordenamento norte-americano possa ter características relativamente semelhantes àquelas do ordenamento germânico, neste há mais rigor sistemático e mais agudez analítica. (TARUFFO, Michele. *Obra citada*, p. 79).

¹⁴² AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*, p. 44; GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 143.

¹⁴³ AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*, p. 44; GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 143; TALAMINI, Eduardo. *Obra citada*, p. 80. De acordo com TARUFFO: "(...) não parece estar preocupado o legislador alemão que se preocupa periodicamente com elevar o limite de valor da *Geldstrafe*, com o escopo evidente de evitar que esta se torne ineficaz como instrumento compulsório. Se se admitisse, de fato, que se trata de sanção penal no sentido próprio, isto em nada influiria na circunstância de que sua função específica é de funcionar como instrumento compulsório, com o fim de induzir o obrigado a adimplir. É possível que estes tenham também uma função de caráter punitivo, mas não é este o objetivo primário para o qual estas medidas foram criadas pela ZPO." (TARUFFO, Michele. *Obra citada*, p. 81). Nesse sentido, GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 143-145.

¹⁴⁴ TALAMINI, Eduardo. *Obra citada*, p. 80.

¹⁴⁵ "The payment per case shall not exceed the amount of 25,000 euros. For the compulsory detention of the provisions of the Fourth Section on detention shall apply accordingly." (BOOM, Willem H. van. *Obra citada*).

Além disso, para a aplicação das medidas coercitivas previstas pelo § 888 da ZPO é exigido o requerimento da parte¹⁴⁶.

Ainda, diversamente do que ocorre nos sistemas português, francês e, como será visto, brasileiro, os resultados provenientes da aplicação da multa coercitiva germânica são revertidos integralmente ao Estado. Segundo AMARAL, isso indica que tal medida “é de caráter público, e o interesse por ela protegido é o da dignidade da justiça e sua correta e efetiva administração.”¹⁴⁷ Para GUERRA, por sua vez, este fato ainda reforça o caráter eminentemente coercitivo da medida, já que quantia alguma referente à multa é revertida ao credor; há clara distinção, portanto, entre as *Zwangsstrafen* e eventuais perdas e danos arbitradas pelo juízo¹⁴⁸.

3.2 Características

(a) superação da vontade do devedor

Retornando ao ordenamento pátrio, constatamos que a multa diária prevista no direito brasileiro, assim como ocorreu e ainda ocorre com as figuras a ela análogas, foi objeto de ampla discussão doutrinária e jurisprudencial, especialmente no que toca à sua natureza. Contudo, o atual sistema executivo das obrigações de fazer, não-fazer e entregar coisa, trazido pelas reformas de 1994 e 2002, em nossa opinião, clarifica o problema: a natureza da multa prevista pelo §4º do artigo 461 do Código de Processo Civil é essencialmente de medida coercitiva¹⁴⁹. Ela está teleologicamente orientada à superação da vontade do devedor¹⁵⁰.

¹⁴⁶ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 147.

¹⁴⁷ AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*, p. 44. Fazendo uma comparação entre a multa do sistema germânico e as *astreintes* francesas, TARUFFO: “As *Zwangsstrafen* são destinadas ao Estado; as somas pagas a título de *astreinte* destinam-se ao credor. Sobretudo, as *astreintes* são uma medida coercitiva de caráter geral, enquanto que a *Zwangsstrafen* operam somente no campo das obrigações de fazer infungíveis e das obrigações de não fazer.” (TARUFFO, Michele. *Obra citada*, p. 81). Explica, com clareza, GUERRA: “(...) a regra de que as quantias apuradas com o pagamento de *Zwangsgeld* sejam revertidas em favor do Estado, nada mais faz que ressaltar, com a maior coerência possível, o unanimemente reconhecido caráter público do interesse protegido com as medidas coercitivas, a saber: a proteção à dignidade da justiça e à sua correta e efetiva administração.” (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 145).

¹⁴⁸ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 143.

¹⁴⁹ De acordo com BALEOTTI: “A multa cominatória, com previsão no art. 461, § 4.º do CPC (LGL\1973\5), é medida de natureza coercitiva que tem em vista proteger a autoridade do comando sentencial ou a vinculação que a obrigação retratada no título extrajudicial provoca, ou seja, tem em vista tornar real o comando abstrato contido na lei e pretende fazê-lo constringendo a vontade do executado ante a desvantagem da sua recalcitrância frente ao valor da multa estipulada.” (BALEOTTI, Francisco Emilio. *Obra citada*).

¹⁵⁰ Reconhecendo, já em 1993, a importância dessa medida executiva, ARAGÃO: “O cumprimento das obrigações de fazer ou de não fazer encontra na vontade do devedor habitual fonte de obstáculos, que em parte é possível contornar, para alcançar o mesmo resultado mediante atividade de terceiros. Na tentativa de

Tal conclusão advém da própria redação do §2º do artigo 461 que, a exemplo do que também foi comentado a respeito da sanção pecuniária compulsória, em especial no n.2 de seu artigo 829.º-A, dispõe claramente que a indenização por perdas-e-danos deve ser fixada sem prejuízo da multa. E isso se dá única e exclusivamente em razão das diferentes naturezas e fins a que as perdas e danos e a multa coercitiva estão voltadas. Não deve a multa coercitiva ser confundida com uma indenização arbitrada judicialmente, já que aquela tem função de ameaçar ou coagir o devedor, sendo que a existência de prejuízo é tão somente potencial, e não certa¹⁵¹. As perdas-e-danos, ao contrário, têm por finalidade definir o objeto da obrigação do devedor inadimplente; visam ao ressarcimento do credor cujas expectativas foram inesperadamente frustradas¹⁵².

Ademais, outro aspecto bastante particular do ora estudado instituto que advém de sua finalidade coercitiva é o fato de que, para sua incidência, é absolutamente desnecessária a comprovação de qualquer prejuízo para o credor. GUERRA, demonstrando a importância do tema, leciona:

Com efeito, se a multa diária não tem qualquer finalidade ressarcitória - o que justifica a sua cumulabilidade com a indenização - e destina-se, exclusivamente, a pressionar o devedor a cumprir a obrigação, é óbvio que a existência de danos apuráveis não pode constituir requisito para sua aplicação. Vale salientar que este aspecto do instituto - até agora despercebido pela doutrina nacional - é de grande importância na sua utilização para obter a tutela específica dos “novos direitos”, os quais, como regra geral, não são dotados de um conteúdo econômico facilmente mensurável, a inviabilizar a fixação de um equivalente pecuniário para a sua violação.¹⁵³

Também nesta linha, o valor da multa não apenas pode, como na maior parte das vezes deve, ser absolutamente desvinculado de eventual valor da obrigação¹⁵⁴. A única vinculação a

afastar dificuldades foi instituída a multa diária, através da qual pretende a lei incentivar o devedor ao cumprimento da obrigação para não sofrer as consequências onerosas que o crescimento da sanção pecuniária representa para seu patrimônio. Dentre todas, talvez seja esta a medida que aparenta contribuir mais decisivamente para a efetividade do processo de execução.” (ARAGÃO, Egas Dirceu Muniz de. Efetividade do processo de execução. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, out. 1993. vol. 72, p. 16 e ss.).

¹⁵¹ Sobre o tema ensina, com maestria, ARENHART: “Não se há de confundir a figura da *astreinte* com a indenização do dano. Não é esta medida uma forma de indenização arbitrada judicialmente. Ao contrário, tem a *astreinte* a função própria e específica de agregar coerção à ordem judicial, significando mera potencialidade de prejuízo; ao contrário, a indenização é, por sua essência, a recomposição do patrimônio de alguém, às custas do patrimônio de outrem.” (ARENHART, Sérgio Cruz. *Tutela inibitória da vida privada*, p. 193).

¹⁵² De acordo com DINAMARCO: “A cumulabilidade entre a multa e perdas-e-danos é a consequência lógica e natural das diferentes naturezas e finalidades dos dois institutos: a primeira visa a motivar o adimplemento e a segunda define o objeto da obrigação do obrigado inadimplente” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 157).

¹⁵³ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 189.

¹⁵⁴ É o que explica, com maestria, o Desembargador Federal José Antonio Lisboa Neiva: “A legislação ao mesmo tempo em que autoriza o Juiz, de ofício, ou a requerimento da parte, fixar um valor de natureza inibitória (§§

que o valor da multa deve ter, a qual, diga-se de passagem, é aferida apenas e exclusivamente pelo magistrado responsável por julgar o caso, é em relação ao grau de pressão psicológica que ela deve exercer¹⁵⁵. Assim, se o devedor possui uma tendência a cumprir a obrigação imposta pelo juiz mais facilmente, não há necessidade de imposição de uma multa cujo valor seja altíssimo. Entretanto, averiguando a possibilidade de cumprimento do comando, mas verificando que o devedor não está propenso a fazê-lo, deve o julgador escolher um valor muito mais elevado, capaz de gerar a superação da vontade do réu de descumprir a obrigação imposta¹⁵⁶.

4º e 5º, do art. 461, do CPC), permite ao mesmo que possa modificar o valor e a periodicidade da multa se verificar se esta se tornou insuficiente ou excessiva (§ 6º, do art. 461, do CPC), de forma que a multa não seja muito baixa, para não deixar de atender o seu objetivo (forçar o executado a cumprir a obrigação), bem como não seja exagerada, de modo a evitar o enriquecimento ilícito e a insolvência do executado. 4. Sobre o tema cite-se o ensinamento de Vicente Greco Filho, em sua obra *Direito Processual Civil Brasileiro*, 1987, vol. 3, pág. 69, a saber: 'A multa estipulada em favor do credor não se confunde com as perdas e danos e pode até ultrapassar o valor da obrigação, mas o juiz deve fixá-las tendo em vista sua finalidade de meio compulsivo para forçar o cumprimento da obrigação, de modo que seu valor não seja exagerado a ponto de provocar a insolvência do obrigado, pois, neste caso sua função teria sido desvirtuada.' 5. Nesse contexto, necessário se diga que o objetivo da astreinte não é a de obrigar o executado a pagar o valor da multa (tanto que é necessário que se observe um prazo razoável para o cumprimento da obrigação), mas sim, compeli-lo a cumprir obrigação de fazer determinada pelo título judicial. Ou seja, a imposição de multa coercitiva tem por objetivo, unicamente, induzir o devedor a cumprir a obrigação, e, por isso mesmo, que o seu quantum não está limitado a nenhum valor, admitindo-se até que este possa ultrapassar o benefício econômico da obrigação, o que não impede possa o Magistrado modificá-la se verificada hipóteses, justificáveis, em que a sanção tenha se revelada insuficiente ou excessiva, pois, como já dito, a multa atua psicologicamente no obrigado, e por isso que deve ser significativa, para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica no tempo determinado." (TRF2, 7ª Turma. AG 201002010155856. Rel. Des.: José Antonio Lisboa Neiva. DJU 17/02/2011, p. 270). De forma diversa entendeu o Superior Tribunal de Justiça, admitindo a possibilidade de modificação da multa, mas prevendo que esta deve se limitar ao valor das perdas e danos: STJ, 4ª Turma. AgRg no REsp 541.105/PR. Rel. Min.: Fernando Gonçalves. DJU 08/03/2010; STJ, 1ª Turma. REsp 998.481/RJ. Rel. Min.: Denise Arruda. DJU 11/12/2009; STJ, 1ª Turma. REsp 200700012377. Rel. Min.: José Delgado. DJU 10/05/2007, p. 361.

¹⁵⁵ Ensina SILVA: "A multa estipulada em favor do credor não se confunde com as perdas e danos e pode até mesmo ultrapassar o valor da obrigação, mas o juiz deve fixá-la tendo em vista sua finalidade de meio compulsivo para forçar o cumprimento da obrigação, de modo que seu valor não seja exagerado, a ponto de provocar a insolvência do obrigado, pois, neste caso, sua função teria sido desvirtuada." (SILVA, Ovídio Baptista da. *execução obrigacional*, p. 151). Conquanto válida a afirmação do doutrinador, ressalva-se que este fazia referência à multa prevista pelo artigo 645 do CPC, a qual também possui como finalidade pressionar psicologicamente o devedor a cumprir o comando judicial. Entretanto, é importante recordar que o próprio artigo precedente a este, o 644 da codificação processual, dispõe claramente que "[a] sentença relativa a obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo." Desta feita, resta claro que a multa prevista pelo 645, da qual falava SILVA, possui aplicação subsidiária em relação a *astreinte* ora estudada, disposta no artigo 461 do CPC.

¹⁵⁶ Aplicando tal ideia, excerto de precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: "Quanto ao valor das *astreintes*, também deve ser mantido tal qual fixado na sentença – que repetiu o valor já arbitrado por este Tribunal, para fins de cumprimento da antecipação da tutela (julgamento ao agravo de instrumento do ora Apelante, às fls. 861/876) – pois observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Tal se diz, porque a multa cominatória deve ser fixada em patamar expressivo que vise compeli o réu a cumprir a obrigação determinada, ou seja, evitar o inadimplemento da obrigação específica imposta. E, no caso, tal valor não implica em excesso ou desproporcionalidade (...)" (TJPR, 4ª Câmara Cível. AC 785045-7. Rel. Des.: Maria Aparecida Blanco de Lima. DJU 13/09/2011).

Nessa esteira, também passa a ser uma peculiaridade da multa coercitiva o fato de poder ser modificada pelo juízo a qualquer tempo¹⁵⁷. Todas as vezes em que o magistrado perceber uma modificação do quadro fático que legitime o aumento ou diminuição do valor da multa, deve fazê-lo, sempre tomando por base o grau de coerção em relação ao devedor. Verificando, por exemplo, que o valor se tornou insuficiente, pode aumentá-lo; ao constatar, por outro lado, o excesso da medida, o correto é diminuí-la¹⁵⁸.

Assim, em razão de seu caráter coercitivo, sua fixação é feita sempre de forma provisória, não esbarrando nos limites da coisa julgada¹⁵⁹. De acordo com TALAMINI, a multa deve ser considerada elemento acessório, “auxiliador da ‘efetivação’ do comando revestido pela coisa julgada. Logo, quando o juiz acolhe a pretensão formulada com base no art. 461, estão automaticamente autorizados, para efetivá-la, todos os meios previstos pelo ordenamento com tal finalidade.”¹⁶⁰

No que toca à forma de sua incidência, esta também depende necessariamente do caso concreto: o magistrado deve analisar a situação fática e verificar qual a periodicidade mais adequada a coagir o devedor a cumprir o mandamento. A multa pode ser fixa, por exemplo, quando se está diante de deveres de fazer ou de não-fazer cuja violação se exaure em um único momento. Todavia, quando o que se pretende do devedor são prestações continuadas, unidades de tempo como a hora, o dia, o mês e o ano são muito mais eficientes¹⁶¹. Assim, ao encontro do analisado no tocante à sanção pecuniária compulsória, cabe ao juiz verificar de que forma a medida se torna mais útil aos seus fins, e aplicá-la deste modo.

Ademais, como é intuitivo, a aplicação da multa prevista no artigo 461 do CPC não é automática¹⁶². Se assim o fosse, seu caráter coercitivo seria completamente retirado. É que, como acima explicado, a multa deve ser passível de causar pressão psicológica no devedor. Assim, há uma limitação lógica quanto a sua imposição, qual seja, a capacidade de superação

¹⁵⁷ STJ, 3ª Turma. REsp 705.914/RN. Rel. Min.: Humberto Gomes de Barros. DJU 06/03/2006, p. 378; STJ, 3ª Turma. REsp 1060293/RS. Rel. Min.: Nancy Andrighi. DJU 18/03/2010.

¹⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de execução*, p. 85.

¹⁵⁹ STJ, 4ª Turma. RMS 33155/MA. Rel. Min.: Maria Isabel Gallotti. DJU 29/08/2011, 412. TRF1, 1ª Turma. AC 200801990149180. Rel. Des.: Carlos Olavo. DJU 28/10/2009, p. 186.

¹⁶⁰ TALAMINI, E. *Obra citada*, p. 249.

¹⁶¹ Segundo DIDIER, CUNHA, BRAGA e OLIVEIRA: “Apesar de ser muito mais comum a utilização da multa diária, deve-se ver que a periodicidade de sua incidência nem sempre será essa. Pode ser. Mas a multa também pode ser horária, semanal, mensal, anual, ou até mesmo fixa. O caso concreto é que vai dizer.” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo J. C.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Obra citada*, p. 447).

¹⁶² Nesse sentido, por exemplo, SCHMIDT JR. Roberto Eurico. *O novo processo civil*. Curitiba: Juruá, 1995. p. 140/141.

da vontade¹⁶³; todas as vezes em que a multa coercitiva for incapaz de causar tal pressão, não deve ser utilizada pelo magistrado.

Ainda, e até antes dessa questão, é válido lembrar que ao juiz é sempre imposto percorrer o caminho descrito no capítulo anterior: verificar qual a medida mais efetiva aos fins executivos e, em seguida, qual é a menos onerosa ao devedor. Seguindo esta orientação, não haveria qualquer sentido em estabelecer uma aplicação automática à multa coercitiva, já que esta apenas seria utilizada quando fosse a mais efetiva e, ao mesmo tempo, a menos restritiva.

Finalmente, a multa coercitiva só deve incidir enquanto ainda tiver o condão de cumprir sua missão; nestes termos, no momento em que o magistrado verificar que a medida se tornou inadequada, por exemplo, deve estudar a possibilidade de trocá-la por outro meio executivo mais efetivo. Agora, se o cumprimento da obrigação se tornou impossível, a multa deve ser instantaneamente revogada, devendo o juiz converter a tutela específica em indenização por perdas e danos¹⁶⁴.

(b) Preservação da autoridade judiciária

Como visto acima, e especialmente em razão de sua natureza primordialmente coercitiva, a multa prevista no direito brasileiro serve para não ser aplicada, ou seja, ela apenas funciona enquanto medida executiva quando efetivamente exerce a pressão psicológica acima tratada, fazendo com que o devedor cumpra aquilo que lhe foi incumbido. Entretanto, algo que ainda deve ser aqui investigado é a possibilidade, necessidade e legitimidade de sua execução, quando o mandamento é descumprido.

Primeiramente, importante colocar que enquanto ainda há possibilidade de seu cumprimento, ou enquanto a ordem judicial ainda pode ser considerada “*correta*”, ou seja, enquanto a aplicação e a cobrança da multa coercitiva ainda estão condicionadas ao cumprimento de um mandamento judicial, esta possui, sem sombra de dúvidas, um caráter coercitivo. Entretanto, o que ocorre quando a decisão judicial em razão da qual a multa havia

¹⁶³ Discorre GUERRA: “O caráter coercitivo da multa diária exige que sua aplicação seja submetida ao exame das circunstâncias de cada caso pelo juiz. Isso significa que a multa não deve ser aplicada automaticamente a qualquer pedido de tutela específica, mas apenas àqueles em que o juiz, em decisão fundamentada, considere a imposição dessa multa suscetível de, efetivamente, conduzir à obtenção da tutela pleiteada. Aliás, esse entendimento é confirmado pelos próprios termos do art. 461, §4º, do CPC (...).” (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 191).

¹⁶⁴ TALAMINI, E. *Obra citada*, p. 254 e 255; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de execução*, p. 80 e 81.

sido imposta é revertida? Ou mesmo quando o ato visado não mais pode ser praticado, em razão de culpa exclusiva do devedor? Deve a multa, já imposta, ser aplicada? Se sim, o que legitima essa aplicação?

De acordo com a doutrina norte-americana¹⁶⁵, ambas as hipóteses acima relatadas teriam o mesmo tratamento: o caráter anteriormente coercitivo da multa se modificaria. No caso de a decisão ser revertida pela Corte de Apelação, por exemplo, a ordem deixaria de possuir força, seu poder estaria exaurido, não havendo nada mais a ser coagido. Desta feita, a natureza do *contempt* deixaria de ser *civil*, passando a ser *criminal*¹⁶⁶. Ao encontro do acima exposto, também nos casos em que a ordem judicial teria como objetivo o cumprimento de uma única obrigação de fazer, em um dia específico, e esta fosse descumprida, a natureza coercitiva da multa, no momento de sua cobrança, passaria a ser de preservação da ordem estatal. É que o mandamento deixou de possuir qualquer efeito futuro, sendo a função coercitiva naturalmente exaurida. Mais uma vez, nada restaria a ser coagido¹⁶⁷.

Nessa esteira a multa possui também uma função de proteção da autoridade estatal, que se aflora especialmente no momento em que a sua execução se faz necessária, ou seja, quando seu caráter coercitivo é plenamente exaurido. Resta analisar se esta mesma ideia pode ser trazida ao sistema brasileiro, onde a maior parte da doutrina e da jurisprudência ainda não enxergou este segundo caráter da multa que pode vir a surgir, a depender do caso concreto.

¹⁶⁵ "If the defendant does violate the order while appeal is pending, and later obtains reversal of the order on the merits, the court may still sanction his violation as a contempt. However, because the order has been reversed, it has no future force. The power of the injunctive order itself is exhausted and for this reason there is nothing left to coerce. Consequently, the contempt sanction, unless compensatory, must be criminal in nature." (DOBBS, Dan B. *Obra citada*, p. 141). Nesse mesmo sentido, LIVINGSTON: "A conviction for criminal contempt may indeed survive the reversal of the decree disobeyed; the punishment is to vindicate the court's authority which has been equally flouted whether or not the command was right. But the same cannot be true of civil contempts, which are only remedial. It is true that the reversal of the decree does not retroactively obliterate the past existence of the violation; yet on the other hand it does more than destroy the future sanction of the decree. It adjudges that it never should have passed; that the right which it affected to create was no right at all. To let the liability stand for past contumacy would be to give the plaintiff a remedy not for a right but for a wrong which the law should not do." (LIVINGSTON, Margit. *Disobedience and contempt. Washington Law Review*, abr. 2000. vol. 75, p. 349 e ss.).

¹⁶⁶ Sobre a diferença entre os dois tipos de *Contempt*, a *Britannica Encyclopedia*: "In law, willful disobedience to or open disrespect of a court, judge, or legislative body. An act of disobedience to a court order may be treated as either criminal or civil contempt; sanctions for the latter end upon compliance with the order. An act or language that consists solely of an affront to a court or interferes with the conduct of its business constitutes criminal contempt; such contempt carries sanctions designed to punish as well as to coerce compliance." (*Encyclopædia Britannica Concise*. Disponível em: <http://www.merriam-webster.com/concise/contempt>. Acesso em 20 nov. 12).

¹⁶⁷ Leciona DOBBS: "Suppose the order prohibits the defendant from conducting a May Day demonstration and that the defendant violates the order. After May Day has come and gone, the case is like the case of the order that is reversed on appeal: the court's order has no remaining future effect. In this instance, it is exhausted by its own terms. There is quite literally nothing to coerce. The past violation may be remedied by a compensatory fine or a criminal contempt sanction, but no coercive civil contempt is possible or permissible." (DOBBS, Dan B. *Obra citada*. p. 141).

Sobre o papel das *injunctions* enquanto preservadoras da ordem judicial, descrevendo seu caráter tanto civil quanto criminal, e uma possível aplicação de tal teoria ao direito brasileiro, ARENHART assim afirma:

O direito norte-americano, analisando a figura das *injunctions* - cuja função é estreitamente ligada à preservação da autoridade judiciária - entende que o desrespeito ao tribunal se dá mesmo quando a ordem seja posteriormente cassada ou alterada, por ocasião do exame final da causa. Naquele regime, com efeito, ainda que a ordem seja inconstitucional, se não foi infirmada por outra decisão, deve ser obedecida. Entende-se, afinal, que não se pode deixar ao alvitre da parte decidir sobre a validade das ordens emanadas, sob pena de transformar-se o poder jurisdicional em simples zombaria (*mockery*), tornando as Cortes impotentes. Não há razão para ser outra a resposta do direito brasileiro. Se a função da multa é garantir a obediência à ordem judicial, não se pode abrir espaço para o requerido questioná-la (senão pelas vias naturais judiciais), sob pena de negar-se-lhe todo caráter coercitivo. Pouco importa se a ordem se justificava ou não; após a sua preclusão, só resta o seu cumprimento, sem qualquer ulterior questionamento. Merece ela ser respeitada (quando editada) pela simples razão de decorrer da autoridade pública adequada. Está em jogo, afinal, a própria autoridade do Estado. Não se pode, portanto, dizer que ocorreu *apenas* a inobservância de uma decisão do Estado-juiz. Ocorreu, em verdade, a transgressão a uma ordem, que se presume legal (mesmo porque submetida à potencial revisão interna no Judiciário). Se o conteúdo desta ordem será, posteriormente, infirmado pelo exame final da causa, isto é dado futuro, que não pode refletir para o fato de que a ordem, enquanto vigorou, deveria ser cumprida inevitavelmente.¹⁶⁸

Do supracitado excerto, possível é concluir que o autor reconhece a necessidade de incidência da multa coercitiva, ainda que depois de a decisão judicial ter sido revertida, em razão da função de preservação da ordem judicial. A multa possui, portanto, não exclusivamente um caráter coercitivo, mas um caráter - quando a decisão é descumprida, ou deixa de ser imposta, porque revertida - de preservação da justiça¹⁶⁹. Sua aplicação deixa de ser condicionada a um fazer ou a um não fazer. Esta, em verdade, é cobrada em razão do descumprimento da ordem judicial, objetivando dar força e proteção ao Estado-Juiz.

¹⁶⁸ ARENHART. Sérgio Cruz. *A doutrina brasileira da multa coercitiva*.

¹⁶⁹ Reconhecendo o caráter público da multa, de preservação da autoridade das decisões judiciais, o seguinte precedente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. ACORDO HOMOLOGADO POR SENTENÇA. DESCUMPRIMENTO DO PRAZO DE ENTREGA DOS TDA's. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA PELO JUIZ DA CAUSA. CABIMENTO, AINDA QUE SE TRATE DE OBRIGAÇÃO DE DAR E NÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA AUTORIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - O fato de a hipótese dos autos tratar de obrigação de dar não desautoriza a incidência do art. 461, § 4º, do CPC, que trata da imposição de multa diária para cumprimento da obrigação. II - "A multa diária é típico mecanismo de preservação da autoridade do juiz. É medida processual, de caráter público", conforme a lição da doutrina de Luiz Rodrigues Wambier et alli. III - Nada justifica o procedimento recalcitrante do agravante, em verdadeira afronta à autoridade da coisa julgada e da ordem judicial de cumprimento da obrigação, nem mesmo o alegado interesse público que, diga-se, não restou demonstrado nos autos. IV - A imposição de astreintes ao INCRA não encontra óbice constitucional e processual. Precedente do STJ. V - Agravo de instrumento a que se nega provimento." (TRF3, 5ª Turma. AI 00309222420084030000. Rel. Des.: Antonio Cedinho. DJU 04/10/2011, p. 559).

Diferente, por exemplo, é o entendimento de AMARAL que acredita que apenas as decisões *corretas* seriam dignas de proteção e, portanto, que quando a decisão que a impôs é revertida, deve a multa deixar de ser aplicada:

(...) mesmo na tradição do *Common Law*, há preocupação com a manifesta injustiça gerada pela imposição de sanções por descumprimento de decisões judiciais que venham a ser posteriormente cassadas ou reformadas. A mesma preocupação devemos ter no que se refere à nossa multa periódica, em especial levando em consideração que a sua função, como destacado pela jurisprudência e doutrina dominantes, é coercitiva, e não punitiva. Tem razão Arenhart quando manifesta sua preocupação com a preservação da autoridade e da dignidade do Poder Judiciário. Todavia, não se pode pender para o mito da infalibilidade do juiz. O ato de julgar é um ato humano e, portanto, falível, imperfeito por natureza. Daí por que não se pode admitir uma solução absoluta (ou absolutista) para o problema do descumprimento da ordem judicial. (...) Pode-se, assim, de forma serena, concluir que as *astreintes* constituem técnica de tutela *coercitiva*, e como tal estão atreladas justamente à necessidade de se prestar a tutela jurisdicional. Verificando-se, posteriormente, que a tutela jurisdicional almejada pelo autor não se mostrava legítima, não há sentido na manutenção da multa que passaria, com isso, a assumir caráter exclusivamente punitivo, sancionando o desrespeito à ordem judicial, tão somente.¹⁷⁰

Bastante válida a exposição de AMARAL, o qual é acompanhado por grande parte da doutrina brasileira¹⁷¹. Entretanto, acreditamos que o caráter da multa de preservação da ordem judicial deve ser visto de forma absolutamente desconexa do direito material. O que se está protegendo é a autoridade estatal, é o seu *ius imperium*. Uma ordem judicial não pode ser respeitada apenas porque os Tribunais Superiores assim decidiram; pensar assim é retirar toda

¹⁷⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Astreintes e o novo código de processo civil*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, abr. 2010. vol. 182, p. 181 e ss.

¹⁷¹ De acordo, por exemplo, com TALAMINI: "Caso em via recursal ou mesmo por ação de impugnação (rescisória, mandado de segurança...), venha a se definir que o autor não tinha direito à tutela, ficará sem efeito o crédito derivado da multa que eventualmente incidiu. Se o autor já o houver recebido, terá de devolvê-lo. Isso valerá tanto para a multa imposta em antecipação de tutela quanto para a estabelecida em sentença. Não é viável opor contra essa conclusão o argumento de que a multa resguarda a autoridade do juiz - e não diretamente o direito pretendido pelo autor - , de modo que, ainda que posteriormente se verificasse a falta de razão do autor, isso não apagaria, no passado, o descumprimento, pelo réu, da ordem judicial que recebera. A legitimidade da autoridade jurisdicional ampara-se precisamente na sua finalidade de tutelar quem tem razão." (TALAMINI, Eduardo. *Obra citada*, p. 260). Nesse mesmo sentido WAMBIER e ARRUDA ALVIM NETTO: "Este argumento, no sentido de que a multa incide pura e simplesmente porque o réu está desrespeitando uma decisão judicial, mascara uma visão que identifica no processo um fenômeno inteiramente desligado do direito material. No fundo, significa que a ordem judicial deve ser cumprida ainda que esteja errada. Todavia, o que nos parece é que o pleno significado da afirmação no sentido de que "a ordem judicial tem que ser cumprida" é o de que "a ordem judicial conforme o direito tem que ser cumprida". Esta locução adjetiva só não é explicitada porque, digamos, é quase presumida. Enquanto a decisão existe - não foi reformada pela via recursal, nem desdita por sentença de procedência - a multa é "exigível", pois a execução efetivamente tem lugar. Instala-se quase que uma "presunção" no sentido de que o autor tem razão, e de que, portanto, está correta a decisão (= conforme o direito). Esta "presunção" se esvazia ou desaparece, se houver recurso que reforme a decisão liminar em que se determinou certa conduta ao réu que, se não cumprida, daria ensejo à incidência da multa, ou sentença transitada em julgado, tendo por improcedente o pedido." (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. O grau de coerção das decisões proferidas com base em prova sumária: especialmente, a multa. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, dez. 2006. vol. 142, p. 7).

a força do juiz de primeiro grau¹⁷². As ordens devem ser respeitadas porque são legítimas e provém do Estado, detentor do monopólio jurisdicional¹⁷³.

Deste modo, considera-se que os processualistas brasileiros devem encarar como idênticas as situações de execução de multa por descumprimento de decisão cujo cumprimento não é mais possível (por culpa exclusiva do devedor) e de execução de multa por descumprimento de decisão posteriormente revertida no Tribunal. Em ambos os casos, embora seu caráter coercitivo tenha se exaurido, a multa deverá necessariamente ser executada porque uma ordem judicial, emanada de força, foi descumprida.

Ademais, a execução das multas nesses casos tende a reforçar sua natureza coercitiva. Veja, se o devedor souber que, após apelar da decisão, pode a multa deixar de ser aplicada em razão de eventual revisão do entendimento pelo Tribunal competente, esta multa deixa necessariamente de exercer a mesma pressão psicológica anteriormente incidente¹⁷⁴. Na mesma esteira, caso a multa deixe de ser executada¹⁷⁵ porque a obrigação já não é mais passível de cumprimento, os devedores jamais cumprirão as decisões. O caráter coercitivo da multa não mais existirá. E é assim também com as demais figuras análogas à multa coercitiva. Recorde-se que, de acordo com SILVA e com LOURENÇO, a “sanção” é considerada condição de eficácia da técnica executiva portuguesa analisada¹⁷⁶.

Desta feita, possível é concluir que o caráter protecionista da multa não afasta sua natureza coercitiva. Muito pelo contrário. Se não houvesse a certeza de que a multa seria aplicada, independentemente de posterior modificação do entendimento judicial, não haveria pressão psicológica forte o suficiente a fazer com que a execução fosse a mais efetiva possível.

¹⁷² Atualmente, em razão de tantos outros fatores, a força dos magistrados de primeiro grau é quase que nula. Sobre o tema, discorre PASSOS: “Os julgadores de primeiro grau estão desmoralizados por força de um sistema de recursos engendrado para fortalecer a posição dos tribunais, permissivo de liminares deferidas por relatores ou presidentes de tribunais suspendendo a eficácia de decisões do primeiro grau, muitas vezes, elas sim, configurando flagrantes ilegalidades e comumente despojadas da fundamentação séria que a gravidade do ato estava a exigir.” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 112).

¹⁷³ ARENHART. Sérgio Cruz. *A doutrina brasileira da multa coercitiva*.

¹⁷⁴ Nessa linha seguiu recente julgamento do STJ, de acordo com o qual a execução de multa deve ser efetivada - ainda que o valor seja bastante elevado - caso haja descaso do devedor: “(...) Sendo a falta de atenção do devedor o único obstáculo ao cumprimento da determinação judicial para o qual havia a incidência de multa diária desde a prolação da sentença e considerando-se que persistiu o descumprimento da ordem até o desfazimento das obras pelo recorrido, autor de ação de reintegração da posse, justifica-se a manutenção do valor atingido pelas *astreintes*.” (STJ, 3ª Turma. REsp 1229335/SP. Rel. Min.: Nancy Andrighi. DJU 25/04/2012).

¹⁷⁵ Frise-se, a multa não pode mais incidir a partir deste momento; o que deve ser cobrado diz respeito ao descumprimento das ordens já passadas.

¹⁷⁶ SILVA, João Calvão da. *Obra citada*, p. 395; LOURENÇO, Paula Meira. *Obra citada*, p. 308 e 309.

3.3 Consequências

Partindo dos pressupostos acima traçados, a multa coercitiva passa a apresentar algumas peculiaridades no que diz respeito ao seu tratamento. Por exemplo, passa a ser não apenas defensável, mas absolutamente correto o entendimento de que a medida imposta pode ser executada desde logo, sendo desnecessários o trânsito em julgado da condenação e a própria execução de forma apartada. Se o que se está protegendo é o respeito ao Estado-Juiz, não haveria qualquer sentido em aguardar eventual modificação de entendimento pelo Tribunal, já que as decisões do magistrado de primeiro grau, por exemplo, já são desde logo dignas de cumprimento¹⁷⁷.

Concordando-se que a multa, além de pressionar psicologicamente o devedor a cumprir os mandamentos judiciais, também visa a proteger a autoridade judiciária, punindo o sujeito que não as cumpre - o que, como já dito, apenas reforça o caráter coercitivo - tal punição deve ser aplicada assim que a decisão proferida de forma legítima foi voluntariamente descumprida.

Ademais, outra consequência lógica do raciocínio supra exposto é o fato de que o destinatário final da multa prevista pelo artigo 461 do CPC não pode ser outro senão o próprio Estado, como ocorre com as *Zwangsstrafen*¹⁷⁸. É que, se a multa coercitiva tem finalidades absolutamente desconexas do direito material¹⁷⁹, objetivando apenas coagir o devedor a cumprir a decisão estatal e puni-lo caso tal mandamento seja descumprido, não há sentido em reverter os valores auferidos com a aplicação de tal medida processual ao credor da demanda. Este, como já comentado, apenas estaria enriquecendo ilicitamente¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Explana ARENHART: “A autoridade do Estado, certamente, deriva da presunção de que a decisão jurisdicional é correta e de acordo com o ordenamento jurídico material e com os critérios de justiça. Entretanto, é perfeitamente possível ter-se uma decisão injusta (ou mesmo equivocada, sob o prisma do direito material) e ainda assim dotada de autoridade para impor-se sobre as partes. Autorizar a parte a descumprir a ordem judicial quando ela vislumbra a possibilidade de sagrar-se vencedora ao final é, ao que parece, retornar à discussão sobre a possibilidade ou não de decisões judiciais injustas mas legítimas.” (ARENHART. Sérgio Cruz. *A doutrina brasileira da multa coercitiva*).

¹⁷⁸ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 145. Sobre o tema, ver ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *A multa coercitiva como crédito do estado*. 89 e ss. f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

¹⁷⁹ Ao encontro desse entendimento, GUERRA: “Tendo o credor o direito à tutela específica de seu direito, arma-se o juiz de meios para pressionar psicologicamente o devedor com medidas coercitivas diversas, principalmente a multa diária. A multa diária é, portanto, medida de caráter processual, não tendo qualquer ligação direta com o direito substancial para o qual se pede a tutela executiva.” (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 207).

¹⁸⁰ Afirmam ARENHART e MARINONI: “O fim da multa é convencer o demandado a cumprir a decisão. Quem está por detrás do benefício que pode ser outorgado pela multa, portanto, não é o lesado ou o autor, mas sim o Estado. (...) Em termos lógicos jurídicos, parece não haver dúvida de que a multa deva reverter para o Estado, uma vez que não há racionalidade em o lesado receber valor que não diz respeito ao dano sofrido. O dano deve

Parcela da doutrina, todavia, tem criticado tal posicionamento, baseada em fundamentos de ordem primordialmente prática. As principais razões levantadas dizem respeito a problemas que surgiriam da legitimação *ad causum* do Estado para executar os valores resultantes da aplicação da multa¹⁸¹. Entretanto, como explica ARENHART, tais problemas são facilmente ultrapassados quando a multa é encarada por meio dos pressupostos aqui traçados. Como visto acima, a multa coercitiva não depende de processo de execução autônomo; não deveria haver dependência da iniciativa de qualquer parte, já que ela é exigível no próprio processo em que foi aplicada e desde o momento em que a decisão proferida foi descumprida. Por outro lado, costumeiramente esta linha argumentativa também é criticada a partir da possibilidade de cominação da multa contra o próprio Estado. Aqui, porém, entendemos que a questão possui nuances mais complexas, capazes de se expressar no

ser ressarcido, e para tanto serve o ressarcimento em pecúnia, não existindo motivo para se admitir que, ao lado do ressarcimento, o lesado receba o valor da multa devida em razão da não observância da decisão judicial.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de execução*, p. 77). A respeito deste tema, conforme explica BOOM, a destinação da multa ao Estado imporia diferenciações no próprio papel exercido pelo judiciário. Para o autor, se a multa reverte para o Estado o judiciário possui importância central no processo; seria um *enforcement agent vested with exclusive state powers*. De outro turno, quando o sistema elege o credor enquanto destinatário final, há sinalização no sentido de que o judiciário exerce apenas papel de fornecedor de serviços: “The interesting curiosity here is that in some jurisdictions, the penalty payment flows into the public purse whereas in other jurisdictions it flows into the claimant’s purse. It can be argued that these differences between jurisdictions tell us something about the perceived role of judicial authority and the role the judiciary plays in civil disputes. Moreover, it can be maintained that by allowing claimants to collect and keep the penalty payment, the legislature may want to signal to citizens that the judge is not the key player in the procedure and that the function of the judiciary in civil law is more a *provider of adjudicatory services* to the public rather than the enforcement agent vested with exclusive state powers. In any event, it seems plausible that the shape, form and extent of injunctive relief in a given legal system signals how that legal system perceives litigants, courts, and the relationship between procedural law and substantive private law.” (BOOM, Willem H. van. Comparative notes on injunction and wrongful risk-taking. In.: *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2010, v. 17. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1663216. Acesso em 06 nov. 12). O que se questiona, no presente trabalho, é se possuímos - e se queremos possuir, ou seja, se queremos que nossa legislação reflita isso - um judiciário passivo, despreocupado com o cumprimento de suas ordens e, por conseguinte, despreocupado com a efetiva tutela dos interesses das partes.

¹⁸¹ Defendendo o posicionamento oposto, de que a titularidade do crédito advindo da aplicação da multa coercitiva deveria ser do credor, e não do Estado, TALAMINI traz dois argumentos principais: “Primeiro, a aptidão de a multa pressionar psicologicamente o réu será tanto maior quanto for a perspectiva de que o crédito dela derivado venha a ser rápida e rigorosamente executado. E não há melhor modo de assegurar a severidade da execução do que atribuindo o concreto interesse na sua instauração e desenvolvimento ao próprio autor - mediante a destinação do resultado obtido. (...) Em segundo lugar, sendo o crédito da multa titularizado pelo autor, este pode utilizá-lo em eventual composição com o adversário.” (TALAMINI, Eduardo. *Obra citada*, p. 264 e 265). Outras críticas a essa ideia são manifestadas por AMARAL: “A atribuição do crédito resultante da incidência da multa ao Estado tornaria tal medida coercitiva praticamente inaplicável contra o próprio Estado, além do que dependente da iniciativa deste para a sua concretização, sendo fácil ver os inconvenientes de se atribuir mais esta função ao ente estatal.” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *Obra citada*). Também, GUERRA: “(...) Dessa forma, a eficácia coercitiva da multa diária poderia ficar seriamente comprometida, em virtude da sua atuação concreta ficar a depender da iniciativa de órgãos públicos, com os conhecidos problemas de excesso de trabalho e de entrave burocrático.” (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 209).

diálogo entre a instituição e os seus agentes e tornando dúbio qual deles seria o real sujeito passivo da multa (e mesmo se ela seria a medida mais idônea). A este aspecto, encarado sob um prisma pouco diverso, dedicamo-nos no capítulo a seguir.

4. Multa Coercitiva e sujeição passiva: o exemplo das sociedades empresariais

4.1 Superação de que vontade? Notas Introdutórias

O arcabouço teórico construído até aqui - explicitando a natureza da multa coercitiva, seu quadro geral e algumas de suas peculiaridades - propicia a análise de um dos tópicos mais problemáticos ao seu respeito: a sujeição passiva. Como sinalizado nos momentos introdutórios do estudo, pretendemos ingressar neste debate (e contribuir para o seu deslinde) mediante a exposição exemplificativa da aplicação da multa em obrigações judicialmente impostas às sociedades empresariais. Neste caso, contra quem a coerção deveria ser cominada? A questão não possui respostas exatas, mas o tema certamente - demonstrando a própria necessidade de diálogo entre processo e direito material - demanda atenção.

Primeiramente, é necessário recordar que o sujeito passivo da multa coercitiva não precisa ser necessariamente o réu da ação. Conquanto até o presente momento tenhamos nos referido à pessoa contra quem a multa vai incidir como *devedor*, o fizemos por motivos estritamente didáticos, para não usar a expressão *sujeito passivo da multa* a todo o momento. Entretanto, é certo que em muitas das vezes o réu ou devedor não é, e nem deve ser, aquele que sofre a incidência da multa coercitiva. Considerando que a multa é imposta como uma ameaça para que o sujeito cumpra certa determinação, todas as vezes em que alguém tenha dirigido contra si um comando judicial, pode o juiz, verificando ser esta a medida adequada, utilizar a multa enquanto meio coercitivo a fim de fazer com que seja cumprida a ordem imposta¹⁸².

Nossa codificação processual civil traz alguns exemplos de situações que demonstram que mesmo terceiros ao processo estão subordinados às ordens judiciárias. O artigo 339 do CPC, por exemplo, dispõe claramente que “[n]inguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.” O artigo 341, por sua vez, coloca que “compete ao terceiro, em relação a qualquer pleito: I - informar ao juiz os fatos e as circunstâncias, de que tenha conhecimento; II - exhibir coisa ou documento, que esteja em seu

¹⁸² Sobre o tema, ver ARENHART, Sérgio Cruz. *A efetivação de provimentos judiciais*.

poder.” Ademais, todo o procedimento de exibição de documento ou coisa (art. 355 e ss. do CPC) e, em especial, o artigo 362, demonstra que o terceiro, tanto quanto a parte, tem o dever de cumprir o mandamento judicial a ele imposto¹⁸³.

De forma análoga, mesmo em processo administrativo pode a Comissão de Valores Mobiliários, conforme o artigo 9º, inciso II, da Lei 6.385/1976, intimar quaisquer pessoas, naturais ou jurídicas, (quando da ocorrência de irregularidades a serem apuradas) a prestar informações ou esclarecimentos, sob pena de incidência de multa coercitiva. Assim, independentemente de a pessoa integrar o sistema de distribuição de valores mobiliários, se a informação que possui for de interesse da CVM, para que apure eventuais irregularidades, ilegalidades ou práticas não equitativas, esta pode se utilizar de multa coercitiva¹⁸⁴.

Com isso se quer demonstrar que o fato de a vontade a ser superada ser a de um terceiro ao processo não pode ser considerado justificativa para a não imposição da multa coercitiva contra essa pessoa. Assim, verificando o juiz que para tutelar de forma satisfativa um direito deve vencer a vontade de um terceiro fazendo uso de alguma técnica executiva, não pode hesitar em fazê-lo. De acordo com GUERRA, por exemplo:

(...) nada impede que, para chegar a esse resultado [tutela jurisdicional efetiva], o juiz depare-se com obstáculos representados pela ação ou omissão de terceiros, à

¹⁸³ De acordo com ARENHART: Quanto ao terceiro, é evidente que pode ser, em diversas circunstâncias, sujeito às ordens judiciais, sendo viável, em todas elas, ameaçar-lhe com a multa coercitiva. Embora o código não o preveja especificamente, pode-se cogitar da aplicação das medidas coercitivas, por exemplo, para guarnecer o pedido de exibição de documento ou coisa contra terceiro, especialmente no caso em que o objeto da exibição não seja encontrado (art. 362, do CPC), ou para reforçar a ordem de restituição de coisa depositada, sobretudo quando a prisão civil mostrar-se inadequada. (ARENHART, Sérgio Cruz. *A doutrina brasileira da multa coercitiva*).

¹⁸⁴ A CVM, inclusive, diferencia claramente a aplicação de multa coercitiva, da incidência de multa administrativa, de caráter efetivamente punitivo. De acordo com voto da diretora Luciana Dias: “Aqui vale recorrer ao entendimento já consolidado no sentido de que a multa cominatória não se confunde com a penalidade administrativa de multa. A penalidade administrativa, por conta de seu caráter punitivo, depende de prévio processo administrativo sancionador, nos termos do art. 9º, V, da Lei 6.385, de 1976. A multa cominatória, por sua vez, é medida de caráter coercitivo que visa a influenciar o comportamento do agente, e sua aplicação independe da instauração de procedimento administrativo prévio.” (CVM. Recurso contra decisão da SEP em processo de rito sumário – PAS RJ2011/7390. Rel. Diretora Luciana Dias, DJU 03/07/2012). Nesse mesmo sentido a seguinte ata de reunião do Colegiado: “Desde a edição do Parecer/CVM/SJU/nº19/79 (‘Parecer SJU 19/79’) a CVM estabeleceu a correta distinção entre as multas de caráter cominatório e as multas de caráter punitivo, deixando claro que ‘a multa cominada para o descumprimento de uma certa ordem não é, tecnicamente, uma penalidade’. As multas cominatórias, de cuja cobrança se trata no momento, são, segundo o Parecer SJU 19/79, ‘destinadas a influenciar na vontade do devedor, de modo a evitar o inadimplemento ou a compelir o obrigado a saná-lo’, enquanto as multa punitivas somente podem ser impostas mediante prévio processo sancionador.” (ata da Reunião do Colegiado nº 49, de 19.12.2006, em que restou consignado). A multa aplicada, entretanto, não poderá superar o montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia de atraso no seu cumprimento, mas sua aplicação independe de qualquer outro processo administrativo, nos termos do art. 11, §11, da Lei 6.385, de 1979.

ultrapassagem dos quais ele deve tomar medidas de força, de atuação prática de ordens, sejam medidas sub-rogatórias, sejam medidas coercitivas¹⁸⁵.

De forma diversa entende AMARAL, para o qual a multa coercitiva prevista no artigo 461 do CPC não poderia ser imposta a outras pessoas que não o réu da demanda. Defende tal posicionamento por dois motivos principais: primeiramente coloca que, para esses casos, a multa que deve incidir é a prevista no artigo 14 da codificação processual civil; em segundo lugar, argumenta que apenas quando impostas contra o réu as *astreintes* se caracterizam como técnica de tutela¹⁸⁶.

Quanto à primeira questão levantada pelo autor, é necessário recordar que, diferentemente do que ocorre com a multa prevista pelo artigo 14 do CPC, a multa coercitiva possui caráter essencialmente coativo, razão pela qual consideramos necessário que seja empregada inclusive contra terceiros ao processo. Realmente, a legislação pátria necessita estar munida de mecanismos de efetivação dos direitos. Ao juiz, portanto, deve ser conferida a possibilidade de coagir aqueles que têm o condão de auxiliar na correta solução do litígio a cumprir suas decisões. O artigo 14, por ter viés apenas punitivo, não serve a tal propósito.

Nesse encadeamento, não se pactua também com o segundo motivo abordado por AMARAL: não raro, para efetivar os direitos do próprio autor, o juiz necessita que pessoas diversas do réu cumpram suas ordens. Desta feita, como bem explica GUERRA, acima, o juiz está autorizado, com base no artigo 461 do CPC, a adotar medidas coercitivas ou sub-rogatórias para tutelar de forma efetiva os direitos em questão.

É nesse sentido que defende TALAMINI a necessidade de “interpretar o § 5.º do art. 461 como permitindo não apenas a adoção de medidas atípicas, mas também o

¹⁸⁵ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais*, p. 131. Sobre o tema, ver ZARONI, Bruno Marzullo. *Efetividade da execução por meio de multa: a problemática em relação à pessoa jurídica*. 269 e ss. f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.

¹⁸⁶ “Entretanto, o fato jurídico que deu origem às *astreintes* é a busca da tutela específica, devida ao autor. As *astreintes*, como já se definiu anteriormente, constituem técnica de tutela. Ora, se imposta contra o autor, não estará buscando a tutela para direito algum, mas tão-somente assegurando (ou buscando assegurar) o cumprimento de uma decisão judicial, o que não constitui direito do juiz, mas manifestação de seu poder de imperium. Compreende-se a posição de Spadoni, em submeter também o autor à autoridade das decisões judiciais. Entretanto, tal pode se dar pela nova redação do artigo 14 do CPC (...). Note-se que o referido dispositivo (artigo 14 do CPC) aplicar-se-á também contra terceiro, ao qual não podem ser impostas *astreintes*, salvo quando aquele justamente deixar sua condição original, para assumir a posição de parte, no polo passivo da relação processual (...).” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 102).

direcionamento dessas medidas contra terceiros cuja cooperação seja imprescindível para a consecução da tutela”¹⁸⁷.

Com efeito, o procedimento que deve ser efetuado pelo magistrado, ao encontro de tudo o que até agora foi exposto, é o de investigar a quem deve ser imposto o comando judicial de modo a tornar a execução a mais efetiva, e menos onerosa possível. Esta pessoa cuja *vontade* deve ser superada na prática, por conseguinte, deve ser o sujeito passivo da multa coercitiva¹⁸⁸.

Neste capítulo, portanto, parte-se dos pressupostos de que, primeiramente, o sujeito passivo da multa coercitiva pode ser tanto uma das partes do processo, quanto um terceiro e, em segundo lugar, que tal sujeito deve necessariamente ser dotado de vontade, já que é exatamente esta vontade que deve ser superada.

Quando o tema da sujeição passiva da multa coercitiva é aplicado aos casos relacionados às sociedades empresariais, estes dois pressupostos traçados se mostram absolutamente essenciais. É que, se o sujeito em discussão precisa possuir *vontade*, a primeira questão que se levanta é se as sociedades, enquanto pessoas jurídicas, possuem ou não este traço. Caso se entenda pela negativa, a existência do outro pressuposto exposto se torna importantíssima, já que deverá ser investigado qual ou quais terceiros à relação processual deverão ter contra eles imposta a multa coercitiva.

4.2 A sociedade enquanto sujeito passivo

(a) Natureza jurídica do ato constitutivo das sociedades empresariais e vontade: breve análise

O estudo da vontade no que toca às sociedades empresariais pressupõe análise prévia sobre a natureza jurídica de seus atos constitutivos. É que, como será visto durante este tópico, a depender da teoria adotada as sociedades seriam pessoas jurídicas necessariamente dotadas de vontade e interesse distintos daqueles dos sócios. Desta feita, ao menos teoricamente seria possível cogitar a hipótese de imposição de multa coercitiva à própria pessoa jurídica, já que esta supostamente teria alguma *vontade* a ser superada.

¹⁸⁷ TALAMINI, Eduardo. *Obra citada*, p. 449 e 450. O autor defende tal hipótese especialmente nos casos de utilização das medidas previstas no art. 461 do CPC para o Mandado de Segurança, justificando uma possível imposição da multa coercitiva contra o agente público incumbido do cumprimento da decisão.

¹⁸⁸ Leciona ARENHART: “Já se disse, anteriormente, que a função da multa coercitiva é vencer a vontade do ordenado, para induzi-lo ao cumprimento da ordem judicial. Ora, se essa é a finalidade da técnica, então é evidente que ela só pode dirigir-se contra quem tem vontade para ser vencida.” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A doutrina brasileira da multa coercitiva*).

Deixando de lado a análise no que se refere às teorias mais antigas, em especial as primeiras contratualistas e anticontratualistas (do ato coletivo, complexo e corporativo)¹⁸⁹, abordar-se-á, primeiramente, a teoria do contrato plurilateral enquanto elemento constitutivo das sociedades empresariais.

O precursor da supracitada teoria, Tullio ASCARELLI, demonstrou que os acordos de vontade entre as partes não se esgotam nos contratos bilaterais, devendo estar neles incluídos, igualmente, os contratos unilaterais e plurilaterais. De acordo com o doutrinador italiano, o ato constitutivo das sociedades poderia ser classificado como este último¹⁹⁰. Defende tal teoria tomando por base o fato de que na sociedade existiriam sim interesses contrapostos, os quais, conquanto não fossem exteriorizados, apareceriam constantemente no relacionamento interno dos sócios. De acordo com ASCARELLI:

Por conseguinte, oposição de interesses, na constituição da sociedade; coincidência, porém, no que concerne à realização daquela comum finalidade social, que redunde em proveito de todos os sócios, embora em medida diversa, o que, por sua vez, explica o contraste na constituição; embora em relação a objetivos individuais, diversos, visados por cada sócio; embora sem excluir, portanto, um real conflito de interesses, também durante a vida da sociedade. O conflito de interesses - evidente na constituição e subsistente durante a vida da sociedade - permite falar de contrato e excluir o ato complexo; a comunhão de objetivo, por sua vez, distingue esse contrato dos de permuta.¹⁹¹

Assim, para o autor, ao mesmo tempo em que a sociedade é possuidora de vínculos que unem a vontade dos sócios, tornando possível a exteriorização dessa união perante terceiros, cada um dos sócios e a sociedade possuem vínculos entre si, nas suas relações externas, e os sócios, entre eles, possuem vínculos *interna corporis*¹⁹².

¹⁸⁹ Para um estudo sobre o tema, ver SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 26 e ss.; BRUNETTI, Antonio. *Trattato del diritto della società*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1943. vol. 1, p. 98; GONÇALVES NETO. Alfredo de Assis. *Lições de direito societário*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 55 e ss.; REQUIÃO. Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 1, p. 367 e ss.; TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. São Paulo: Atlas, 2011. vol. 1, p. 208 e ss.

¹⁹⁰ ASCARELLI, Tullio. *Problema das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 435. Compartilhando do mesmo entendimento, BRUNETTI, Antonio. *Obra citada*, p. 98 e ss.

¹⁹¹ ASCARELLI, Tullio. *Obra citada*, p. 377. No mesmo sentido, defendeu BRUNETTI: "Perchè sia nei contratti (plurilaterali) di organizzazione, come La società, che in quelli (bilaterali) commutativi, come la compravendita, la causa va intesa non in relazione alla coincidenza o alla divergenza degli interessi delle parti ma come elemento giustificativo del rapporto, come lo scopo immanente, La funzione economico-sociale del negozio, indipendentemente dal movente e della spinta degli interessi individuali che, in definitiva sono sempre egoistici e trovano La loro composizione nel contratto, di qualsiasi natura esso sia." (BRUNETTI, Antonio. *Obra citada*, p. 100).

¹⁹² ASCARELLI, Tullio. *Obra citada*, p. 376 e ss.. Ver também GONÇALVES NETO. Alfredo de Assis. *Lições de direito societário*, p. 57 e 58.

De acordo com ASCARELLI, entretanto, o contrato plurilateral formador da sociedade se diferenciaria dos demais por possuir uma disciplina jurídica mais bem elaborada. É que, ao mesmo tempo em que tal contrato concede maior liberdade aos sócios no que toca à possibilidade de constituição de um patrimônio apartado e de uma personalidade jurídica própria - ou seja, não haveria intervenção administrativa nesse sentido -, ele também tutela de forma mais abrangente os interesses de terceiros, para que a constituição de sociedades não se torne um ato gerador de insegurança na sociedade¹⁹³.

A teoria do contrato plurilateral enquanto ato constitutivo das sociedades é ainda bastante difundida pela doutrina, angariando muitos adeptos¹⁹⁴. Entretanto, ela ainda não enxerga a possibilidade de existência de uma vontade da pessoa jurídica desvinculada da vontade dos sócios. Ou seja, de acordo com ela, os interesses e, por conseguinte, a própria *vontade*, seria definida em torno dos sócios. De acordo com BULGARELLI, por exemplo, a sociedade teria um caráter instrumental, “cujo objetivo é realizar os interesses das partes, estes sempre contrastantes”¹⁹⁵.

De todo o exposto, possível é concluir que a adoção da teoria do contrato plurilateral é incompatível com a imposição de multa coercitiva às pessoas jurídicas revestidas da forma de sociedades empresariais, já que, se a sociedade não possui vontade desvinculada da dos sócios, esta não pode, de forma alguma, ser coagida.

Em contraposição com as teorias contratualistas em geral e, em especial, com a do contrato plurilateral, veio à tona a teoria institucional, ou da instituição. Esta, primeiramente, assumiu um viés publicista, especialmente na Alemanha do pós-guerra, onde as grandes sociedades eram vistas como instrumento para o renascimento econômico do país. De acordo com RATHENAU, por exemplo, “[t]ambém a existência da empresa não será determinada pelo fortalecimento do pensamento da economia privada, mas sim pela inserção consciente na

¹⁹³ Sobre o tema, ensina ASCARELLI: “(...) entre os vários contratos plurilaterais, a sociedade é aquele que goza de uma disciplina juridicamente mais bem elaborada. Esta característica é ainda mais evidente quando se levam em conta as relações externas (ou seja, aquelas para com terceiros). Não só. Entre os vários contratos plurilaterais, o de sociedade é aquele em que, de um lado, é, em geral, disciplinada mais liberalmente (a respeito da intervenção das autoridades administrativas) a possibilidade de constituição de um patrimônio separado e de uma pessoa jurídica, e, de outro, é mais cuidada a tutela dos terceiros, em face dos perigos que, para eles pode representar essa constituição.” (ASCARELLI, Tullio. *Obra citada*, p. 435).

¹⁹⁴ Segundo BULGARELLI: “A sociedade comercial é assim contrato plurilateral de organização (ou associativo), do ponto de vista instrumental, e sob o aspecto estrutural afasta-se dos contratos típicos de escambo (compra e venda, locação, permuta, mútuo) (...)” (BULGARELLI, Waldirio. *Manual das sociedades anônimas*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 73). REQUIÃO, por exemplo, também é adepto de tal teoria: “Aderimos a essa teoria [contrato plurilateral]. Já tivemos oportunidade de afirmar, e reafirmamos agora, a nossa crença em que a sociedade comercial resulta de contrato plurilateral, considerando essa teoria compatível com o direito positivo brasileiro.” (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, p. 372).

¹⁹⁵ BULGARELLI, Waldirio. *Obra citada*, p. 74.

economia coletiva, da integração no espírito da responsabilidade coletiva e do bem público.”¹⁹⁶ Desta feita, com base nesse entendimento, o órgão responsável pela administração das sociedades por ações foi cada vez mais valorizado, ao passo que a assembleia de credores deixou de possuir importância tão flagrante¹⁹⁷. A *sociedade* passou a ser, pois, instituição não-redutível ao interesse dos sócios¹⁹⁸.

O *institucionalismo publicista* deu lugar, na Alemanha, a um *institucionalismo integracionista* ou *organizativo*. Entre meados da década de 30 e da década de 60, ainda naquele país, surgiram diversas leis que tinham por escopo o regulamento da participação dos trabalhadores nos órgãos diretivos das grandes empresas. A partir desse movimento, a concepção de que os interesses da sociedade não poderiam ser reduzidos aos interesses dos sócios ganhou ainda mais força, já que aqueles, em verdade, eram traduzidos como categoria de interesse “harmônico e comum aos interesses dos vários tipos de sócios e dos trabalhadores e que se traduz no interesse à preservação da empresa”¹⁹⁹.

Ideias parecidas surgiram, igualmente, em outros países, como é o caso da França; lá, Maurice HAURIOU, dentre outros, sedimentou a teoria da instituição. Segundo tal teoria, a vontade dos sócios, no ato institucional, resumir-se-ia à aceitação da disciplina jurídica, sem

¹⁹⁶ RATHENAU, Walter. Do sistema acionário - uma análise negocial. In.: *Revista de direito mercantil*. São Paulo: Malheiros, out-dez. 2002. vol. 128, p. 223. É o que explica SALOMÃO FILHO: “toda a construção da teoria de Rathenau é dirigida a traduzir em termos jurídicos a função econômica, de interesse público e não meramente privado, da macroempresa.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Obra citada*, p. 32).

¹⁹⁷ Explicando a teoria de Rathenau, LAUTENSCHLEGER JR.: “Tendo a grande empresa como base as determinantes da economia, conclui pela preponderância da maioria - algo muitas vezes não compreendido - e pela importância da empresa em si (*Unternehmen an sich*), como centro de convergência dos interesses dos acionistas, da sociedade e do Estado. (...) Tal percepção da natureza da empresa - a partir da sociedade por ações - terminou por criar, assim, as bases para o desenvolvimento da chamada teoria institucionalista da empresa (hoje muito associada à questão da responsabilidade social!) e por influenciar (ou justificar) - ainda que seja muito controverso - o regime das sociedades anônimas alemãs especialmente a partir de 1937 e a criação de uma particularidade quase insólita da legislação alemã (hoje tematizado no Brasil pela reforma de 2001): a participação de trabalhadores no conselho de supervisão (*Aufsichtsrat*).” (LAUTENSCHLEGER JR., Nilson. Relato breve sobre Walter Rathenau e sua obra: “A Teoria da Empresa em Si”. In.: *Revista de direito mercantil*. São Paulo: Malheiros, out-dez. 2002. vol. 128, p. 201).

¹⁹⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Obra citada*, p. 30 e ss.

¹⁹⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Obra citada*, p. 34. De acordo com o autor: “A razão para essa mudança de enfoque parece clara nesse momento: o modelo alemão de participação operária, ao permitir a formulação teórica e a tutela de um interesse social não-redutível ao interesse do grupo de sócios e identificável ao interesse à manutenção da empresa, fixa os parâmetros para a discussão sobre o tipo de organização mais apta a garantir tal interesse. Daí poder ser denominado de ‘institucionalismo-organizativo’. A nova concepção do interesse social tem suas consequências também quanto à dialética social interna. Ao contrário da concepção contratualista, no institucionalismo o conflito de interesses, ainda que existente na prática, não é requisito teórico para a explicação do funcionamento social. (...) No institucionalismo alemão, a definição do interesse social como algo diverso dos interesses contrapostos dos sócios e a pressuposição de sua persecução pelos órgãos sociais não elimina o conflito de interesses e a dialética societária. Ao contrário, reforçam, porque introduz no interior dos órgãos societários representações de interesses efetivamente contrapostos.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Obra citada*, p. 35).

uma preocupação mais acentuada quanto aos efeitos²⁰⁰. Assim, há clara subordinação dos interesses privados aos fins a que se quer chegar com a própria instituição da sociedade, o que reforça a natureza institucional da relação, em oposição à natureza contratual acima abordada, em que prepondera a vontade comum dos sócios²⁰¹.

A teoria institucional, ao encontro de todo o exposto, serve a explicar, especialmente, o ato constitutivo das sociedades de capital, em que a empresa envolve uma quantidade de interesses tão grande para além dos interesses dos sócios - em especial dos trabalhadores, dos consumidores e da própria comunidade - que torna absolutamente impensável resumi-los à vontade destes. É o que descreve REQUIÃO, o qual, conquanto seja partidário da teoria de Ascarelli, assume que em algumas sociedades anônimas é a teoria institucional que rege o ato constitutivo:

Outras sociedades anônimas, entretanto, são efetivamente constituídas sem atenção à pessoa dos acionistas. Formam-se tendo em vista o mercado de capitais. Pouco se lhes dá quem delas participe. Organiza-se um 'grupo de controle', que domina a sociedade, e suas ações, geralmente ao portador, se pulverizam em quantidade nas mãos de estranhos. Essa sociedade, efetivamente, se forma em atenção aos recursos financeiros do mercado, onde obtém capitais não só na sua fundação, como durante seu desenvolvimento. Essas sociedades anônimas, que condizem verdadeiramente com a função econômica-social definida, é que poderiam ser classificadas como instituição.²⁰²

²⁰⁰ Leciona GONÇALVES NETO: "Maurice Hauriou aperfeiçoou essa ideia com sua teoria da instituição. Para ele, a sociedade corresponderia a uma instituição, isto é, a uma 'organização social, estável em relação à ordem geral das coisas, cuja permanência é assegurada por um igual equilíbrio de forças ou por uma separação de poderes e que constitui, por si mesma, um estado de direito.' Segundo o renomado jurista francês, ao firmar o ato constitutivo, a parte simplesmente manifesta sua vontade de aceitar a disciplina prevista para o modelo escolhido de sociedade - o que explicaria sua não resolução pela inexecução das obrigações dos sócios ou pela vontade de qualquer deles." (GONÇALVES NETO. Alfredo de Assis. *Lições de direito societário*, p. 56).

²⁰¹ É o que explica TOMAZETTE: "Em tal ato [institucional], a vontade dos sócios é restrita à aceitação da disciplina, sem uma preocupação maior quanto aos efeitos, ao contrário do que ocorreria nos contratos. A vontade dos sócios não seria tão determinante na vida da sociedade, quanto à função a ser exercida. Adotando a teoria da instituição, há uma subordinação dos direitos e interesses privados aos fins que se quer realizar. Nas sociedades por ações, geralmente a empresa envolve um número tão grande de interesses (empregados, comunidade, fisco, consumidores), além dos interesses de seus membros, que há uma responsabilidade social a ser cobrada. A prevalência do interesse social sobre o interesse individual dos sócios reforça a natureza institucional da relação, em oposição à natureza contratual, na qual prevaleceria a vontade comum dos sócios." (TOMAZETTE, Marlon. *Obra citada*, p. 214 e 215). Com entendimento um pouco diverso, SZTAJN: "A *teoria institucional ou da organização* contesta o paralelismo entre pessoas naturais e jurídicas. (...) Estas organizações são pensadas como sujeitos. Chega-se a afirmar (Hauriou, Saleilles, Behrend, entre outros) que as pessoas jurídicas não são patrimônio de afetação, mas sim administração com um escopo." (SZTAJN, Raquel. *Sobre a desconsideração da personalidade jurídica*. In: *Doutrinas essenciais de direito civil*. São Paulo: RT, out. 2010. vol. 3).

²⁰² REQUIÃO, Rubens. *Aspectos modernos do direito comercial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1976-1980. vol. 2, p. 56. É válido ressaltar que, de acordo com o autor, mesmo nas sociedades anônimas, haveria casos em que o ato constitutivo seria explicado pela teoria do contrato plurilateral: "Nem sempre, pois, a sociedade sob a forma anônima se forma em atenção ao mercado financeiro, podendo repousar toda a sua organização, funcionamento e desenvolvimento no interesse 'fechado' de um grupo de acionistas, imbuídos do *intuitus personae*. Essa sociedade, nessas condições, com seu personalismo à mostra, pouco difere na essência,

Assim, nota-se que para a teoria institucional há necessariamente uma *vontade* da sociedade diversa da vontade dos sócios. As diferenças entre esta vontade e a vontade natural humana e seu impacto sobre a multa coercitiva serão abordados no próximo tópico. O que se pode concluir neste momento, entretanto, é que com a utilização da teoria institucional a multa coercitiva pode - ao menos a princípio - ter como sujeito passivo a sociedade empresarial.

Hodiernamente, fazendo uso de perspectiva jurídico-econômica, SALOMÃO FILHO veio adaptar a teoria do contrato plurilateral, enxergando-o como contrato organização²⁰³. De acordo com o autor, a organização, ao mesmo tempo em que é encarada enquanto elemento central da personalidade jurídica, não o é de forma unitária:

A organização é, na verdade, elemento central da própria personalidade jurídica. Uma tal argumentação não implica uma postura unitária. Não se pretende erigir um tipo específico de organização em elemento central de pessoa jurídica. A organização como fundamento da personalidade jurídica leva necessariamente ao pluralismo. O ordenamento reconhece e atribui capacidade jurídica diversa segundo os diferentes tipos e diferentes graus de organização. E é esse conjunto de capacidades, decorrentes da organização societária, que constitui o conceito de personalidade jurídica. Assim, ao buscar seu fundamento único na organização, o conceito de personalidade jurídica assume aquele caráter pluralístico, necessário à obtenção do equilíbrio entre os impositivos dogmáticos, nem sempre capazes de fornecer resposta adequada às rápidas mutações do direito societário, e aqueles pragmáticos, que trazem consigo o perigo da aplicação livre e arbitrária das normas.²⁰⁴

Assim sendo, a partir desta perspectiva, a sociedade é necessariamente compreendida em sua dimensão dinâmica, já que a própria organização, enquanto centro da personalidade jurídica, teria como significado a coordenação da influência recíproca entre atos²⁰⁵. Ou seja, é

nesse particular, de outros tipos de sociedades, a que convencionamos denominar *sociedades de pessoas*. Nessas condições repousa ela, na sua estrutura técnica e jurídica, sobre o contrato. Contrato, naturalmente, plurilateral, como vimos enfaticamente sustentando, seguindo a doutrina e lições de Ascarelli. (...) Daí a importância atual da visão *dualista* das sociedades anônimas." (REQUIÃO, Rubens. *Aspectos modernos do direito comercial*, p. 56).

²⁰³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Obra citada*, p. 42 e ss. De acordo com GONÇALVES NETO: "Modernamente, busca-se aprimorar a teoria do contrato plurilateral para enxergá-lo como contrato-organização, precisamente objetivando a compreensão da sociedade em movimento, isto é, na sua dimensão dinâmica." (GONÇALVES NETO. Alfredo de Assis. *Lições de direito societário*, p. 59). Defendendo o aspecto *organização* do contrato plurilateral, RICHARD e MUIÑO: "No basta categorizar al negocio constitutivo de sociedad como plurilateral funcional o con finalidad común, pues son también plurilaterales ciertos contratos de participación (...), sino que debe generarse a la par que la declaración de voluntad uma organización (...). En el caso ló certificante es la forma organizada conforme la tipicidad de segundo grado." (RICHARD, Efraín Hugo; MUIÑO, Orlando Manuel. *Derecho societário*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998, p. 83 e 84).

²⁰⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Obra citada*, p. 47 e 48.

²⁰⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Obra citada*, p. 43.

essa constante coordenação de influências recíprocas que daria esse aspecto de *movimento societário*.

A utilização da teoria do contrato organização faz com que o elemento diferencial do contrato social esteja não mais na coincidência de interesses de uma pluralidade de partes - como se defendia na teoria de Ascarelli - ou no interesse específico à autopreservação - como era, para alguns, na teoria institucional - mas sim no *valor organização*. Através da organização, se criou um centro autônomo de decisões; um *Apparat*, de acordo com SALOMÃO FILHO, capaz de assegurar a tomada autônoma de decisões²⁰⁶. Com efeito, não há qualquer dúvida de que, a partir de uma concepção organizacionista, a sociedade teria a capacidade de manifestar sua vontade, a qual seria distinta daquela dos membros que a compõem²⁰⁷.

As diretrizes de que a teoria do contrato organização lançou mão permitem, com tranquilidade ainda maior, supor que há sim uma vontade nas sociedades empresariais. Resta investigar se esta *vontade* é passível de sofrer pressão por meio de medidas como a multa coercitiva, e quais os possíveis problemas práticos que tal solução acarretaria.

(b) Alguns problemas práticos na utilização da multa coercitiva

Muito embora, de acordo com o tópico anterior, seja possível dizer que as sociedades empresariais - em especial as sociedades anônimas - possuem um interesse distinto dos interesses dos sócios (no entorno do *valor organização*²⁰⁸), tal interesse é bastante diferente daquele inerente a uma pessoa física. De acordo com SZTAJN, tratando inclusive das teorias acima abordadas, “as pessoas jurídicas nada mais são do que instituições, organizações

²⁰⁶ Explana o autor: “Na verdade, o que ocorre através da organização é a criação de um centro autônomo de decisões. A organização nada mais é do que um *Apparat* capaz de assegurar (ou de fazer presumir) a tomada autônoma de decisões. Vista sob essa perspectiva, a atribuição de capacidades ao ente personificado e a consequente caracterização da pessoa jurídica como centro de imputação de direitos e deveres são mera decorrência do reconhecimento da organização.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Obra citada*, p. 48).

²⁰⁷ Leciona GONÇALVES NETO: “A administração da pessoa jurídica é outro efeito da personalização. É necessário separar a atuação da pessoa natural, enquanto tal, de sua atuação enquanto gestora da pessoa jurídica. E é, sem dúvida, a teoria organicista da pessoa jurídica que, nesse ponto, melhor consegue dar evidência a essa separação. Por essa teoria, procura-se explicar a pessoa jurídica como um ente com estrutura semelhante à da pessoa natural. Assim, à semelhança do ser humano, ela teria diversos órgãos compondo sua estrutura, dentre eles os necessários à manifestação de sua vontade (distinta da vontade de cada qual dos membros que a compõem ou que podem compô-la), à execução dessa vontade, ao controle de suas atividades e por aí fora.” (GONÇALVES NETO. Alfredo de Assis. *Lições de direito societário*, p. 26 e 27).

²⁰⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Obra citada*, p. 48.

voltadas para a consecução de serviço público ou privado. Não são seres vivos, não têm vontade natural, mas nelas opera a combinação da vontade de várias pessoas.”²⁰⁹

Com efeito, ainda que se admita a existência de vontade autônoma das sociedades empresariais, ela não pode ser considerada natural. Não é vontade como aquela das pessoas físicas, que pode sofrer influências, ser pressionada ou mesmo vencida de forma natural; muito pelo contrário, para que se cogite em vencer a vontade de certa sociedade, as vontades essencialmente vencidas são as dos sócios que, ao deliberarem em assembleia, por exemplo, decidem se devem fazer uma ou outra coisa. Ou, caso a deliberação prescinda - de acordo com as normas estatutárias ou sociais - de realização da assembleia, a vontade que rege o ato, em última instância, é a dos membros do conselho de administração ou daqueles que compõem a diretoria.

Como bem explana ARENHART, não podemos negar que as pessoas jurídicas em geral, no que se incluem as sociedades empresariais, são uma ficção jurídica²¹⁰. Por esse motivo, a própria vontade da sociedade, supondo que ela exista, não deixa de ser igualmente uma ficção jurídica. Como dito, tal ficção jurídica não pode ser coagida da mesma forma como se coage uma vontade natural²¹¹.

É válido ressaltar que as teorias institucionalistas ou do contrato-organização, quando criadas, não possuíam como objetivo precípua justificar a existência de uma vontade nas sociedades empresariais que fosse equivalente à vontade das pessoas naturais. Em verdade, elas estão teleologicamente orientadas a comprovar a existência de um interesse societário diverso da soma dos interesses dos sócios; embora a sociedade seja pensada à imagem e semelhança das pessoas naturais²¹², nunca se afirmou, ou se teve a pretensão de afirmar, que a estrutura das sociedades é absolutamente igual à estrutura dos seres humanos.

Ademais, como será melhor exposto no próximo tópico, a existência de vontade autônoma nas sociedades empresariais não elide a necessidade de que essa mesma vontade seja expressada por uma pessoa física, ou por um órgão composto por pessoas físicas. Ou

²⁰⁹ SZTAJN, Raquel. *Obra citada*.

²¹⁰ De acordo com o autor: “Já se disse, anteriormente, que a função da multa coercitiva é vencer a vontade do ordenado, para induzi-lo ao cumprimento da ordem judicial. Ora, se essa é a finalidade da técnica, então é evidente que ela só pode dirigir-se contra quem tem vontade para ser vencida. As pessoas jurídicas em geral (e não seria diferente com as pessoas jurídicas de direito público) são – seria desnecessário dizer – uma ficção legal. Não têm elas vida autônoma e nem vontade própria para ser vencida. A vontade delas é, na essência, a vontade de seu administrador ou do sujeito que age em seu nome. Por isso, é esta a vontade que deve ser vencida.” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A doutrina brasileira da multa coercitiva*).

²¹¹ Na opinião de ARENHART: “Em razão disso, errado é, no mais das vezes, impor a multa à pessoa jurídica. Ela, como um simples conjunto de bens e direitos, não tem força própria e por isso não possui autodeterminação.” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A doutrina brasileira da multa coercitiva*).

²¹² GONÇALVES NETO. Alfredo de Assis. *Lições de direito societário*, p. 26 e 27.

seja, não é porque a sociedade possui vontade diferente da soma das vontades dos sócios que ela prescinde de alguém para manifestá-la²¹³. Assim, talvez o mais adequado fosse a imposição da multa coercitiva à pessoa responsável por tal ato, e não à própria pessoa jurídica.

A imposição da multa prevista no artigo 461 do CPC às sociedades empresariais de forma direta gera, igualmente, outros problemas práticos bastante delicados. O primeiro deles se traduz na possibilidade de se poder repassar os valores relativos à incidência da multa coercitiva aos consumidores dos produtos ou serviços ofertados. Tal situação se agrava ainda mais caso a sociedade seja monopolista daquele mercado²¹⁴ ou possua posição dominante²¹⁵.

Nessas situações, tendo em vista que a sociedade poderá atuar de forma indiferente e independente em relação aos demais agentes de mercado, podendo, por exemplo, fixar o preço final da forma como melhor lhe aprouver²¹⁶, os efeitos da aplicação da multa coercitiva à própria pessoa jurídica poderão ser repassados totalmente aos consumidores finais. Veja, se a sociedade poderá incluir no preço final do produto o valor da multa, esta não terá o condão de gerar qualquer coação na pessoa jurídica para que cumpra a decisão judicial. Muito pelo contrário: a sociedade, por meio de seus representantes ou sócios, poderá escolher descumprir

²¹³ De acordo com BERTOLDI e RIBEIRO: “Por outro lado, a vontade dos sócios não corresponde necessariamente à vontade da sociedade, que é gerida por seus órgãos (gerência, diretoria, conselho etc.).” (BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. São Paulo: RT, 2009, p. 150).

²¹⁴ De acordo com o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração, emitido pela Secretaria de Acompanhamento Econômico, “Um suposto monopolista está em condições de impor um ‘pequeno porém significativo e não transitório’ aumento de preço quando os consumidores não puderem desviar uma parcela significativa da demanda para bens substitutos ou bens provenientes de outra região.” (*Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração*. Disponível em: http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/notas_imprensa/2000-1/guia1. Acesso em 7 out. 12).

²¹⁵ De acordo com FORGIONI: “(...) a posição dominante é decorrência, e ao mesmo tempo, se identifica com o poder detido, pelo agente, no mercado, que lhe assegura a possibilidade de atuar um comportamento independente e indiferente em relação a outros agentes, impermeáveis às leis de mercado.” (FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: RT, 1998). A ideia de “posição dominante” não tem emprego tão corriqueiro nos Estados Unidos, onde o termo mais utilizado é “poder econômico” ou “poder de mercado”. No regime europeu, contudo, a utilização é muito maior, tendo em vista a disposição do artigo 82 do Tratado das Comunidades Europeias em Regulação de Concentração. O referido dispositivo regula os casos de abuso de posição dominante, expondo uma lista não exaustiva (MOTTA, Massimo. *Competition Policy: theory and practice*. New York: Cambridge University Press, 2009, p. 34). De acordo com MOTTA, o conceito de “dominação de mercado” poderia ser interpretado como uma situação em que uma firma possui um amplo grau de poder de mercado, o que a permitiria cobrar preços suficientemente próximos aos preços que um monopolista cobraria (MOTTA, Massimo. *Obra citada*, p. 41). Em relação ao direito norte-americano, parece haver quase que uma equivalência entre o *market power* necessário para se formar um *monopoly* e o termo “posição dominante” – do direito brasileiro e parte do europeu. Isso porque nos Estados Unidos, para se caracterizar o monopólio não é necessário que a firma seja a única no mercado; em verdade, o que conta é que esta tenha um poder de mercado extenso, e capaz de possibilitar a prática de condutas abusivas. (HOVENKAMP, Herbert. *The antitrust enterprise: principle and execution*. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 157).

²¹⁶ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: RT, 1998.

o mandamento judicial todas as vezes em que isso não a afete economicamente de forma considerável. E, caso seja ela monopolista, isso ocorrerá em 100% das vezes.

Assim sendo, ao escolher a própria sociedade enquanto sujeito passivo da multa coercitiva corre-se o risco de que tal multa não surta os efeitos esperados. Pior do que isso, é provável que os consumidores finais, além de não serem tutelados de forma adequada - já que a sociedade pode escolher por não cumprir o mandamento imposto -, acabem por suportar todo o impacto da multa coercitiva. E isso, definitivamente, não deve ocorrer²¹⁷.

Além desse primeiro grave problema detectado, é importante lembrar a situação das sociedades com graves dificuldades financeiras, ou mesmo insolventes. Nestes casos, e especialmente pouco tempo antes de a empresa ter sua falência decretada ou sua recuperação concedida²¹⁸, quem arcará com as consequências de eventual imposição de multa por descumprimento de decisão serão os credores da sociedade.

É que, em verificando que já se encontra insolvente, ou seja, que o seu patrimônio não é suficiente para pagar suas dívidas²¹⁹, a sociedade, por meio de seus órgãos de tomada de decisão, pode deliberar por descumprir o mandamento judicial. Esta decisão, a depender do caso, pode, inclusive, ser considerada economicamente justificável, já que os sócios não *perderiam* com o descumprimento; somente os credores deixariam de receber parcela ainda maior da quantia devida.

²¹⁷ Ensina BULGARELLI: "Como é notório, a produção em massa gerou riscos e acarreta necessariamente danos, os quais chegam a tomar proporções catastróficas e que seguramente não devem ser suportados pelos consumidores, usuários e trabalhadores e em certos casos pela própria comunidade (como o da poluição ambiental, por exemplo)." (BULGARELLI, Waldírio. *A teoria jurídica da empresa*. São Paulo: RT, 1985, p. 285).

²¹⁸ Isso porque, quando a empresa tem sua falência decretada ou sua recuperação concedida, passa a estar sob a tutela e vigilância tanto do Estado, sob a forma do juiz, quanto de seus credores. Assim, atos como o descumprimento de decisão judicial seriam muito mais controlados ou, na maior parte dos casos, até inviabilizados, já que o controle da empresa não estaria mais nas mãos da diretoria ou da assembleia. No caso de recuperação judicial, por exemplo, "se os administradores eleitos pelos sócios ou acionista controlador estão se comportando lícita e utilmente, não há razões para removê-los da administração. Caso contrário, o juiz determinará seu afastamento." (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de falências e de recuperação de empresas (Lei n. 11.101, de 9-2-2005)*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 175). Quando se trata de decretação de falência, por outro lado, de acordo com o artigo 103 da Lei 11.101 de 2005, "o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor". De acordo com GOLÇALVES NETO: "De resto, a falência priva o falido da administração e da disponibilidade de seus bens, tornando indispensável a criação de uma estrutura que nada tem de processual para a prática dos atos necessários de administração e de disposição visando à satisfação dos credores, o que dá lugar, então, à figura de um curador, síndico ou administrador judicial, além de auxiliares, para o preenchimento desse papel, sob a fiscalização dos credores." (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Administração da falência, realização do ativo e pagamento dos credores*. In.: *A nova Lei de falências e de recuperação de empresas - Lei nº 11.101/05*. Coord.: Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 242).

²¹⁹ De acordo com REQUIÃO: "A insolvência é um fato que geralmente se infere da insuficiência do patrimônio do devedor para o pagamento de suas dívidas. (...) A insolvência é um fato econômico patológico, para usar da significativa expressão de Rocco, ou um fenômeno econômico mórbido, na palavra realista de Vivante." (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 1, p. 64).

Deste modo, ao escolher a própria sociedade, pessoa jurídica, enquanto sujeito passivo da multa coercitiva, o magistrado corre o grande risco de ter sua decisão desrespeitada propositalmente e de ter todo o valor da multa suportado não pela sociedade em crise, mas por seus credores.

4.3 Multa contra o administrador

(a) Razões

A imposição da multa coercitiva à própria sociedade, como visto, pode gerar, de um lado, problemas quanto a sua efetividade - já que a pessoa jurídica não possui vontade realmente passível de superação - e, de outro, problemas quanto as suas consequências - visto que a sociedade, a depender do caso concreto, pode repassar os custos da multa a terceiros, como consumidores ou credores. Constatando essa problemática, necessário indagar sobre a possibilidade de imposição da multa sobre pessoas físicas relacionadas ao ente.

Quanto à pessoa física contra quem a multa deve ser dirigida, esta deve ser alguém que tenha o efetivo poder de executar as ordens dadas pelo juiz. No caso das sociedades empresariais, quem exerce tal função é o administrador da sociedade²²⁰. Assim, no presente tópico, partiremos deste pressuposto, verificando se esta solução se justifica por meio da doutrina processualista e de direito empresarial.

Quanto à doutrina de direito processual, é importante lembrar que, ainda que o dirigente da pessoa jurídica não faça parte da relação processual, este pode ser sujeito passivo da multa. É que, como visto no primeiro tópico deste capítulo, a multa prevista no artigo 461 do CPC, por ter caráter coercitivo e por ser técnica de tutela de direitos, não só pode, como deve ser imposta contra terceiro, todas as vezes em que o juiz verificar que esta é a solução mais adequada para a efetiva proteção dos direitos em pauta²²¹.

²²⁰ Quanto ao tema não há dúvidas. Afirmo REQUIÃO: “O sócio-gerente ou administrador da sociedade é a figura central da empresa, que se encontra na posição de chefe, no ápice da pirâmide hierárquica. Todos os demais colaboradores estão a ele sujeitos, devendo-lhe obediência e subordinação.” (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva. vol. 1, p. 441 e 442).

²²¹ ARENHART, Sérgio Cruz. *A doutrina brasileira da multa coercitiva*. O STJ, em Recurso Especial julgado em 2009, manifestou-se nesse sentido, entendendo ser viável a imposição de multa coercitiva contra o agente público responsável pelo cumprimento da determinação judicial (STJ, 2ª Turma. REsp 200802788845. Rel. Min.: Castro Meira. DJU 25/08/2009). O mesmo Tribunal, entretanto, reverteu tal decisão no ano seguinte, sob o fundamento de que o mencionado agente não teria tido a chance de se manifestar sobre a imposição da multa (STJ, 2ª Turma. EDcl no REsp 200802788845. Rel. Min.: Castro Meira. DJU 01/06/2010). Ainda, descartando a possibilidade de aplicação da multa contra a pessoa física responsável pela execução dos atos em razão da ausência de demonstração de que “o entrave resultou intencionalmente de agentes da executada” julgado de

No caso do dirigente da pessoa jurídica, por ser ele em, um grande número de casos²²², pessoa física, cuja vontade é passível de superação, não raro sua escolha enquanto sujeito passivo da multa será a mais adequada e efetiva²²³. O simples fato de ser terceiro à relação processual não elide a possibilidade de o juiz escolher aplicar a multa coercitiva contra ele. É o que explica GUERRA:

(...) a só qualidade de terceiro do dirigente da pessoa jurídica, ou de quem quer que, com sua ação ou omissão injustificáveis, deixa de praticar ato através do qual se obtenha a satisfação *in executivis* de determinado crédito, não é capaz de afastar o uso dos poderes indeterminados conferidos ao juiz para, buscando a prestação da tutela executiva efetiva, cominar-lhe multa por dia de atraso no cumprimento do referido ato (ou abstenção).²²⁴

Ademais, de acordo com ARENHART e ao encontro das conclusões a que se chegou no tópico precedente, se é a vontade do dirigente da pessoa jurídica que, na prática, deve ser superada, é contra ele que deve ser imposta a multa coercitiva. Para o autor, a técnica nomeadamente prevista no §5º do artigo 461 só surte os efeitos desejados se imposta contra a pessoa que *anima* a pessoa jurídica²²⁵.

2008 do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2, 5ª Turma. AG 200702010125350. Rel. Des.: Antonio Cruz Netto. DJU 17/12/2008, p. 289).

²²² Sendo a sociedade limitada, pode a administração ficar a cargo de pessoa jurídica. Entretanto, mesmo nesses casos a gerência é delegada a uma pessoa física. É o que ensinam BERTOLDI e RIBEIRO: "(...) o Código Civil, em seu art. 1.060, *caput*, determina que a sociedade limitada é administrada por uma ou mais pessoa designadas no contrato social ou em ato separado. Diante disso, sobrevém a indagação a respeito de a administração ser atribuída a pessoa jurídica. Nada há a indicar a proibição de tal proceder. Muito comum hoje que se atribua a administração da sociedade a um de seus sócios pessoa jurídica, que, por sua vez, delega a gerência a uma pessoa física." (BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Obra citada*, p. 195).

²²³ Foi essa a conclusão a que chegou ZARONI, ao analisar precedentes norte-americanos em que essa solução foi adotada: "Isso significa, em última análise, que, no entendimento das Cortes norte-americanas, é possível manejar-se os meios de execução direta e indireta à face dos dirigentes da pessoa jurídica parte no processo. Há, por conseguinte, a aceitação de que a efetivação das decisões, em muitas hipóteses, depende da participação de terceiros." (ZARONI, Bruno Marzullo. *Contempt of court e a aplicação dos meios de execução indireta em face dos dirigentes da pessoa jurídica como meio de efetivação das decisões: Direito comparado e técnica processual*. In.: *Genesis Revista de Direito Processual*. Curitiba: Gênesis, abr.-jun. 2005. vol. 36, p. 405). O STJ, entretanto, em conhecida decisão judicial, entendeu não caber multa coercitiva contra o gerente da Caixa Econômica Federal, por não ter este participado da relação processual (STJ, 1ª Turma. REsp 200401062593. Rel. Min.: Luiz Fux. DJU 03/11/2005, p. 204).

²²⁴ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais*, p. 132. Sobre o tema, trazendo vasta análise de direito comparado, e demonstrando que em muitos casos é contra o terceiro à relação processual que deve incidir a multa coercitiva, ZARONI, Bruno Marzullo. *Efetividade da execução*, p. 241 e ss..

²²⁵ Ensina o autor: "Ora, se a vontade que tem de ser dobrada é a do agente (pessoa natural que age em nome da pessoa jurídica), é claro que somente contra este se pode cogitar de impor a multa coercitiva. Somente quando a ameaça é dirigida ao próprio agente é que a técnica coercitiva surte efeito. Do contrário, não se atingiria a disposição que anima a pessoa jurídica e totalmente inútil seria a multa." (ARENHART, Sérgio Cruz. *A doutrina brasileira da multa coercitiva*). No mesmo sentido é o entendimento de ZARONI: "Isso ocorre porque a

Este mesmo posicionamento também se justifica partindo-se de uma análise teórica de direito empresarial. Se a existência de vontade nas sociedades empresariais é atualmente reconhecida pelas teorias institucionais ou do contrato-organização, não se nega que esta vontade deva ser manifestada por pessoas físicas, que dão vida à sociedade²²⁶. E são essas pessoas que, na prática, possuem condição de cumprir as ordens judiciais.

A teoria do órgão, por exemplo, que objetiva determinar a natureza jurídica dos órgãos gestores das sociedades, é compatível tanto com o fato de elas possuírem vontade própria²²⁷, quanto com a necessidade de haver uma forma de manifestação dessa vontade.

O que a mencionada teoria faz é equiparar a pessoa jurídica à pessoa física, na medida em que, da mesma forma que a boca, o braço e a mão executam a vontade da pessoa natural, o órgão tem o condão de executar a da pessoa jurídica²²⁸. Tal órgão, visto sob seu aspecto formal, seria uma “estrutura que agrega um conjunto de atribuições definidas pela lei ou pelo estatuto, ocupada por uma pessoa em condições de realizar as tarefas a ela inerentes.”²²⁹

execução que opera mediante ordem mandamental atrelada à multa periódica, por se tratar de uma forma de execução que atua sobre o ânimo do devedor visando convencê-lo a adimplir, quando destinada à pessoa jurídica, vai exigir, para sua plena concretização, que o mecanismo de coerção indireta exerça pressão sobre a vontade humana responsável pela atuação da pessoa jurídica. É só assim que se alcança o *objetivo precípua da multa*: induzir ao cumprimento da decisão através do constrangimento da vontade do obrigado.” (ZARONI, Bruno Marzullo. *Efetividade da execução*, p. 265).

²²⁶ “Os órgãos administrativos são os que dão vida à sociedade, fazendo-a funcionar.” (BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direitos societário*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p. 344).

²²⁷ De acordo com BERTOLDI e RIBEIRO: “Por outro lado, a vontade dos sócios não corresponde necessariamente à vontade da sociedade, que é gerida por seus órgãos (gerência, diretoria, conselho etc.). Não é rara a existência de entrelhecho de interesses entre a sociedade e parcela minoritária de seu quadro social. Prevalecendo a deliberação da maioria em detrimento da minoria, solidifica-se dessa forma a vontade da sociedade, que em determinadas situações pode ser diferente da vontade de parcela de seus sócios.” (BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Obra citada*, p. 150).

²²⁸ Sobre o tema, REQUIÃO: “Resta-nos, como precedente e geralmente aceita, a *teoria do órgão*. O gerente, diretor ou administrador, é um *órgão* da sociedade comercial. Existe, nesse particular, perfeita identificação entre a pessoa jurídica e a pessoa física. O órgão executa a vontade da pessoa jurídica, assim como o braço, a mão, a boca executam a da pessoa natural. A sociedade comercial, como pessoa jurídica, não se faz representar, mas *se faz representar* pelo seu órgão, como esclarece Pontes de Miranda.” (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, p. 443). No mesmo sentido, GONÇALVES NETO: “Exacerbando a teoria, pode-se dizer, numa figuração, que a Assembleia Geral é o cérebro, que manifesta a vontade social; o Conselho de Administração, quando existente, e a Diretoria, correspondem, respectivamente, à boca que exterioriza e à mão que executa essa vontade; e o Conselho Fiscal, a consciência, que controla e mantém, nos limites legais, a atuação da companhia na persecução de seus fins.” (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Manual das companhias ou sociedades anônimas*. São Paulo: RT, 2010, p. 147).

²²⁹ GONÇALVES NETO, p. Alfredo de Assis. *Manual das companhias*, 151. Explica TOMAZETTE: “A expressão *órgão* é preferível, uma vez que este recebe seus poderes do próprio estatuto da pessoa jurídica e está integrado dentro da mesma, não se tratando de um mandatário da mesma. (...) Há órgãos de deliberação (assembleia geral e conselho de administração) que expressam a vontade da sociedade, determinam o rumo da companhia. Tal vontade é posta em prática pelos órgãos de execução (diretoria), que, por assim dizer, realizam a vontade da sociedade.” (TOMAZETTE, Marlon. *Obra citada*, p. 354).

No caso da gerência da pessoa jurídica, é o administrador - cada vez com um maior número de poderes²³⁰ - que presta tal função. Nesse sentido, a relação entre o administrador e a sociedade não seria intersubjetiva; o vínculo entre a sociedade e o administrador não seria contratual²³¹. Muito pelo contrário: haveria uma relação orgânica *ex lege*, relacionada com a própria substância da sociedade²³². Como ensina DINIZ, “[n]ão são os administradores que agem pela sociedade, mas é a sociedade que age através deles.”²³³ Em outras palavras, o dirigente, ao executar a vontade social, estaria apresentando a sociedade²³⁴.

De acordo com PONTES DE MIRANDA, precursor da teoria do órgão no direito pátrio, a existência do órgão, enquanto elemento externalizador da vontade social é absolutamente imprescindível para a existência da própria sociedade²³⁵. Nas palavras do autor:

Quanto à apresentação da pessoa jurídica (=como órgão da vida exterior), a sua posição é a de órgão, - não a de representante legal, ou voluntário. O seu ato, como órgão, é ato da pessoa jurídica. A ele hão de se dirigir os atos jurídicos que se devem

²³⁰ Segundo GARRIGUES, já em 1982 os poderes concedidos aos administradores das sociedades eram cada vez mais extensos: “Para mim, há uma coisa evidente, que é a degradação dos direitos dos acionistas frente aos administradores da sociedade. Degradação, a meu juízo, justificada em parte pela posição de indiferença em face dos assuntos sociais, que adotam os pequenos acionistas. As leis modernas tendem a fortalecer o poder dos administradores frente às incompetentes e cambiantes maiorias nas sociedades anônimas.” (GARRIGUES, Joaquín. *Problemas atuais nas sociedades anônimas*. Trad.: Norberto da Costa Caruso McDonald. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1982, p. 36).

²³¹ BARRETO FILHO, Oscar. Estrutura administrativa das sociedades anônimas. In.: *Doutrinas essenciais: direito empresarial*. Org.: Arnoldo Wald. São Paulo: RT, 2011. vol. 3, p. 449.

²³² De acordo com BARRETO FILHO: “A lei passa a reconhecer aos administradores poderes exclusivos não derivados da assembleia ou por ela avocáveis. Afirma-se, cada vez mais, o caráter orgânico, e não contratual da administração.” BARRETO FILHO, Oscar. *Obra citada*, p. 449.

²³³ DINIZ, Gustavo Saad. *Responsabilidade dos administradores por dívidas das sociedades limitadas*. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 78.

²³⁴ Afirma REQUIÃO: “A sociedade comercial, assim, é constituída de vários órgãos, que permitem a sua presença no mundo exterior: na sociedade anônima a assembleia geral é o órgão de deliberação e da vontade; o conselho fiscal é o órgão de controle e fiscalização; o diretor, gerente ou administrador de qualquer sociedade personificada é o órgão de execução da vontade social.” (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, p. 443). Sobre o tema, igualmente, BERTOLDI e RIBEIRO: “A doutrina aponta duas teorias que procuram fundamentar a natureza jurídica dos órgãos da sociedade anônima. A primeira é a *teoria da representação*, segundo a qual os vários órgãos da sociedade nada mais seriam que representantes da companhia e, nessa qualidade, agiriam em nome dela como se fossem seus procuradores. Outra teoria, esta aceita pelo direito brasileiro, é a *organicista* ou *do órgão*, segundo a qual a sociedade não é representada por seus órgãos, como se houvesse duas pessoas - a representada e a representante -, mas sim por eles se manifesta direta e imediatamente: diz-se então que os órgãos da companhia não *representam*, mas sim *presentam*, ou seja, a sociedade se faz presente através de seus órgãos.” (BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Obra citada*, p. 313).

²³⁵ Ensina, com maestria, PONTES DE MIRANDA: “Se é certo que se poderia conceber pessoa jurídica cuja administração ficasse a cargo de outrem, não se conceberia pessoa jurídica sem órgão para a vida externa, ou para a captação da vontade social.” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Editor Borsoli, 1970. tomo 1, p. 387).

dirigir à pessoa jurídica. Os atos jurídicos que a pessoa jurídica haja de praticar pratica-os ele, como atos da pessoa jurídica.²³⁶

Como se depreende do excerto supra, o dirigente da sociedade faz presente a própria pessoa jurídica. Trata-se, portanto, não de representação da sociedade, mas sim de sua apresentação²³⁷. Deste modo, considerando que quem efetivamente atua apresentando a pessoa jurídica é o administrador, seria contra ele que deveria ser imposta a multa coercitiva. Isso porque, reitere-se, ele é o único capaz de traduzir a vontade da sociedade, já que nem os sócios, nem qualquer outro órgão pode fazê-lo.

Assim, ao tentar superar a vontade do dirigente, estar-se-ia, indiretamente, superando a vontade da própria sociedade. Justifica-se, nessa linha de raciocínio, a imposição da multa coercitiva contra a pessoa física que tem o efetivo poder de obedecer à ordem judicial proferida, viabilizando a tutela pretendida.

É válido ainda ressaltar que, caso o administrador deixe de cumprir a decisão, além de ter de arcar com o valor da multa coercitiva poderá responder por eventuais prejuízos causados à Sociedade - especialmente por aqueles advindos de danos à imagem da pessoa jurídica decorrentes do desrespeito à decisão judicial. É que o artigo 14 do CPC, em especial seu inciso V, prevê como dever de todos aqueles que de alguma forma participam do processo cumprir com exatidão os comandos emanados do juiz; há, portanto, regramento específico dispondo que não apenas as partes devem respeitar as decisões judiciais. Além disso, a própria Lei das Sociedades Anônimas, especialmente em seu artigo 158, inciso II, prevê que o administrador responde civilmente pelos prejuízos que causar quando proceder “com violação da lei ou do estatuto”. A isto se soma a possibilidade de o administrador, ao desrespeitar o mandamento imposto pelo juiz, ir de encontro com outros deveres previstos na legislação, notadamente o dever de diligência, previsto no artigo 153 da Lei das S.A. e no artigo 1.011 do Código Civil, e o dever de “exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa²³⁸”, disposto no *caput* do artigo 154 da Lei das S.A.

²³⁶ MIRANDA, Pontes de. *Obra citada*, p. 389.

²³⁷ “Seria errôneo invocarem-se aqui regras jurídicas peculiares à representação. O órgão não é representante. O órgão investe-se no poder, pela posse, mas tal poder de órgão não é poder de representação.” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, p. 388). TOMAZETTE também adota tal posicionamento: “Quando o órgão age, quem age é a pessoa jurídica; por meio do órgão se faz presente a vontade da pessoa jurídica, daí se falar que o órgão é o representante da pessoa jurídica e não seu representante.” (TOMAZETTE, Marlon. *Obra citada*, p. 354).

²³⁸ Sobre a função social da empresa, LOPES: “A empresa é vista como instituição cuja importância transcende à esfera econômica e passa a abarcar interesses sociais dos mais relevantes, como a própria sobrevivência e o

Com isso, surgiria a crença de que o administrador tem motivos bastante fortes para cumprir os mandamentos que lhe são impostos, justificando a sua escolha como sujeito passivo da multa coercitiva.

(b) Alguns problemas práticos na utilização da multa coercitiva

Não obstante a escolha do dirigente da sociedade empresária enquanto sujeito passivo da multa coercitiva parecesse a mais acertada a partir dos raciocínios acima, ela também pode trazer alguns graves problemas. Tais questões são preponderantemente práticas, podendo gerar complicações tanto para a efetiva concretização da ordem judicial quanto para o ambiente empresarial brasileiro como um todo.

A primeira dificuldade se põe no que toca à racionalidade do próprio administrador da sociedade. Isto porque, ao mesmo tempo em que indicamos que ele tem o dever legal (como qualquer outro administrado) de respeitar as decisões emanadas do Poder Judiciário, também lhe é imperativo preservar os interesses da sociedade e, pragmaticamente, respeitar tudo aquilo que foi decidido em assembleia ou pelos demais conselhos. Neste quadro, caso o mandamento judicial vá ao encontro de tudo aquilo previsto pelo estatuto e deliberado em assembleia, não há problema algum. A real dificuldade surge nas situações em que a assembleia já deliberou em sentido contrário àquilo que restou decidido pelo juiz.

Imaginemos o caso de uma empresa que, para industrializar seus produtos, acaba por poluir o meio ambiente; nesse caso, em assembleia, fica definido que entre dois tipos diferentes de filtro será utilizado o de custo mais baixo. Concebamos, então, que parcela da população tenha ingressado com uma demanda judicial e, em sede de antecipação de tutela, verificando que o filtro escolhido é insuficiente para solucionar a poluição gerada, o juiz manda o administrador da sociedade ré adquirir o filtro mais caro, sob pena de incidência de multa coercitiva.

Nesse caso, muito embora para alguns possa parecer óbvio que o dirigente deva trocar o filtro da empresa, este se encontra, em verdade, em situação bastante complexa. É que a própria sociedade já sinalizou que o seu interesse, enquanto pessoa jurídica, não é o de implantar o filtro mais caro. Ao mesmo tempo em que o administrador tem o dever de respeitar a decisão do magistrado, ele pode estar prestes a perder seu cargo, por desrespeitar

bem-estar dos trabalhadores que para ela prestam seus serviços e dos demais cidadãos que dividem com ela o mesmo espaço social.” (LOPES, Ana Frazão de Azevedo Lopes. *Empresa e Propriedade – função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 119).

decisão assemblear. Sem pretender discutir a atitude, o que nos parece é que há um conflito que na prática pode potencialmente ocorrer.

Outro dado problemático é que, optando-se pela aplicação da multa pessoalmente ao administrador, a decisão da sociedade pela sua demissão pode inclusive ser estratégica. Considerando que o sujeito passivo da multa é o indivíduo, e não a própria sociedade, afastá-lo de seu cargo antes da efetivação da decisão judicial pode representar um meio de tornar impraticável a execução indireta. E mais, ainda que o magistrado arbitre a multa para o novo administrador, a sociedade poderá tomar a mesma atitude sucessivas vezes. Nesse caso, caberia ao juiz pensar em soluções para tornar esta medida efetiva ou, o que é ainda mais provável, escolher outra técnica executiva para tutelar os direitos dos autores.

De qualquer forma, a indecisão sobre que atitude tomar, a possibilidade de ter de arcar com os valores referentes à execução da multa coercitiva (em caso de descumprimento) e a probabilidade de a sociedade afastá-lo de seu cargo (em caso de iniciativa pró cumprimento) podem gerar bastante insegurança para o administrador, a ponto de repensar sobre a aceitação ou não do próprio cargo. Caso a jurisprudência passe a aceitar de forma mais abrangente a possibilidade de imposição da multa ao dirigente da sociedade, é possível que muitos profissionais sejam desestimulados a procurar tais posições que, atualmente, já trazem inúmeras responsabilidades²³⁹.

Finalmente, um último problema em ter enquanto sujeito passivo o administrador da sociedade é, exatamente, não haver apenas um administrador, mas alguns²⁴⁰. Nesse caso,

²³⁹ Exemplos destas responsabilidades são trazidos por DINIZ: “As atividades essenciais da sociedade empresaria serão conduzidas pelo órgão administrativo com este poder de atuação, diligenciando no sentido do cumprimento das finalidades da empresa, com dever de lealdade, prestação de contas, convocação de Assembleia, demonstrações e realizações contábeis, dentre outros atos de gestão.” (DINIZ, Gustavo Saad. *Obra citada*, p. 76). O desestímulo dos profissionais a aceitarem o cargo de diretores, ou mesmo a permanecerem nas respectivas posições, poderia acarretar consequências gravíssimas no sistema empresarial brasileiro, especialmente considerando a importância dos dirigentes para o sucesso de uma empresa: “O sucesso de uma sociedade depende, fundamentalmente, da competência e dinamismo dos diretores, posto que são esses os verdadeiros senhores do comando empresarial direto.” (BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direitos societário*, p. 351). Ademais, a própria CVM vem aplicando multas punitivas e demais sanções aos administradores de sociedades anônimas, o que demonstra a extensão de suas responsabilidades. Nos processos administrativos sancionadores n.º 21/2006 e n.º 27/2005, por exemplo, membros do conselho de administração e diretores foram condenados ao pagamento de multa pecuniária por infração aos dispositivos da Lei 6.404/76. De acordo com a ementa deste segundo processo: “Não exercício das competências legais do Conselho de Administração da Parmalat Alimentos, dentre as quais a fixação de orientação geral dos negócios da companhia e a fiscalização da gestão de seus Diretores, conforme dispõem os incisos I e III do art. 142 da Lei nº 6.404/76 – multas. Infração ao art. 177, caput, da Lei nº 6.404/76, que dispõe sobre a escrituração da companhia, bem como desrespeito à Deliberação CVM nº 26/86 – multa. Imputação de solidariedade ao acionista controlador na prática de abuso de poder – absolvição. Imputação de indução de prática de atos ilegais – absolvição.” (CVM, processo administrativo sancionador n.º 27/2005. Diretor Rel. Otavio Yazbek. DJU 12/06/2012).

²⁴⁰ O que, nas Companhias, vale dizer, é a regra e não a exceção. É o que disciplina o artigo 143 da Lei 6.404 de 1976.

contra qual deles deverá o juiz impor a multa coercitiva? Nas Sociedades Anônimas, *e.g.*, havendo conselho de administração ele deverá fixar as atribuições de cada diretor (art. 142, inciso II da Lei 6.404/76). Ademais, de acordo com o artigo 143, inciso IV, da mencionada Lei, o estatuto estabelecerá “as atribuições e poderes de cada diretor”. Nesses casos, não haveria maiores dificuldades, já que cada um dos diretores teria suas atribuições pré-definidas. O magistrado, portanto, deverá escolher aquele a quem competem as atribuições correlatas ao mandamento proferido.

Verdadeira questão se coloca nos casos em que tanto o estatuto e quanto o conselho de administração são omissos e, nos termos do artigo 144, *caput*, da Lei das S.A., “competirão a qualquer diretor a representação da companhia e a prática dos atos necessários ao seu funcionamento regular”. Nessa situação, como deverá o juiz proceder? Deverá ele escolher um dos administradores como sujeito passivo ou impor a multa a todos eles? Ficando com a primeira alternativa, não poderia o outro diretor, contra quem não foi imposta a multa coercitiva, desfazer o ato praticado pelo primeiro? Por outro lado, se escolhesse a segunda alternativa, o que ocorreria se apenas parte dos diretores (configurando uma minoria) quisesse respeitar a decisão? Deveriam sofrer as consequências da aplicação da multa coercitiva assim mesmo?

Tais questionamentos não têm respostas prontas ou óbvias. A Lei das S.A. e o Código Civil, por si só, não trazem soluções para os problemas acima apontados. Cabe ao julgador, ao escolher a multa enquanto técnica executiva, interpretar o ordenamento como um todo, analisar as peculiaridades do caso e solucionar cada uma dessas questões.

4.4 Novamente: a necessária atipicidade do sistema

O que se pretendeu demonstrar por meio dos tópicos precedentes é que a imposição da multa prevista no artigo 461 do CPC traz diversos problemas, tanto se aplicada contra a própria sociedade empresarial, enquanto pessoa jurídica, quanto se dirigida contra o seu administrador. Tais dificuldades, harmônicas às discussões que permearam a construção deste trabalho, devem ser consideradas no momento em que o juiz pondera sobre qual a técnica executiva a ser manejada no caso concreto.

Como visto no capítulo 2.4 supra, especialmente em seu tópico (b), o processo que deve ser percorrido pelo magistrado para escolher qual técnica executiva aplicar possui duas etapas. Na primeira delas, o juiz deve decidir quais medidas geram o maior grau de satisfação

em relação ao credor; na segunda, que apenas é utilizada caso duas ou mais técnicas exerçam a mesma satisfação, o magistrado investiga qual delas é a menos onerosa ao devedor.

É, portanto, nessa primeira etapa que o julgador deve considerar as dificuldades que a imposição da multa coercitiva no âmbito das sociedades empresariais pode trazer. Tendo uma sociedade empresarial como devedora da obrigação discutida em juízo, o julgador, ao analisar qual das técnicas executivas disponíveis suscita uma execução mais efetiva, deve ponderar se a imposição de multa coercitiva contra a pessoa jurídica não trará inúmeras possibilidades de evasivas por parte do sujeito passivo; no mesmo sentido, deve considerar se a aplicação contra o administrador não poderá gerar, igualmente, uma execução inefetiva em razão da utilização de táticas societárias.

Desta feita, diante das dificuldades expostas, que podem levar o juiz a repensar a utilização da multa coercitiva, ascende novamente a importância de possuímos um sistema aberto, que não só permite, mas também valoriza a atividade criativa dos julgadores. Técnicas como a intervenção judicial nas sociedades empresariais, por exemplo, podem ser reinventadas e amoldadas para tornarem a execução mais efetiva. Além disso, a própria multa coercitiva, se utilizada apropriadamente e em conjunto com outras medidas, pode trazer excelentes resultados, evitando alguns dos problemas expostos no tópico anterior.

5. Considerações Finais

Após a análise empreendida, podem ser extraídas algumas importantes conclusões. Primeiramente, entende-se que a forma como nosso sistema executivo foi estruturado, concedendo ampla liberdade ao magistrado para que escolha a medida executiva mais adequada ao caso concreto, é a ideal. Essa plasticidade prevista pelos artigos 461 e 461-A do CPC permite que o juiz comprometido, preocupado com sua função de representante do Estado na tutela dos direitos, ajuste a técnica executiva à situação fática e traga maior satisfação ao credor.

Nesse mesmo viés, a segunda conclusão a que se chega é que, atualmente, há um par de critérios para a escolha casuística dos meios executivos que vem sendo extraído de nosso ordenamento e aplicado por nossos magistrados: a maior satisfação do credor e a menor onerosidade do devedor. Ainda não assumem igual importância, por exemplo, critérios essenciais em outras localidades, como é o caso do parâmetro estadunidense dos custos do Poder Judiciário. Com efeito, por mais que seja relevante cogitar a racionalização do tempo

despendido com cada demanda, nossa prática ainda é centrada no binômio maior satisfação/menor onerosidade, sendo ele sua diretriz basilar.

A terceira conclusão obtida é que a multa coercitiva é uma técnica hipertrofiada no nosso país, servindo como válvula de escape para uma não-utilização da criatividade facultada aos magistrados. Esta constatação passa pelo entendimento das nuances da multa e de sua finalidade precipuamente coercitiva (e não indenizatória) – base que nos leva a concluir, por exemplo, pela desvinculação entre o valor arbitrado pelo juiz e o valor da causa e pela sua cobrança mesmo nos casos de posterior reversão da decisão descumprida. Em suma, a idoneidade da multa deve ser aferida conforme o caso concreto e a possibilidade/necessidade de superação de vontade existente em seu bojo.

Com este quadro é que também concluímos pela natureza potencialmente problemática da imposição de multa no âmbito das sociedades empresariais, devido à dificuldade na determinação de seu sujeito passivo (e a problemas práticos que dela decorrem). Analisamos que este dado é condicionado pela própria visão que se tem a respeito da natureza das sociedades empresárias, mas que, seja cominando a multa diretamente contra o ente, seja contra seus administradores (o que, com base na teoria do órgão, constatar-se-ia mais adequado), haveria possíveis problemas de ordem prática, recomendando cautela.

Ao encontro de todo o exposto concluímos, mais uma vez, pela importância e pelos benefícios de um sistema aberto de técnicas executivas. Só assim se pode chegar à solução materialmente mais adequada impedindo que a multa coercitiva, ou a sua má administração, possa trazer mais problemas do que soluções.

6. Referências bibliográficas

AMARAL, Guilherme Rizzo. Astreintes e o novo código de processo civil. *In: Revista de Processo*. São Paulo: RT, abr. 2010. vol. 182.

_____, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ARAGÃO, Egas Dirceu Muniz de. Efetividade do processo de execução. *In: Revista de Processo*. São Paulo: RT, out. 1993. vol. 72.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: RT, 2003.

_____. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000. TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 59, p.72-97, jul./set. 1990.

_____. *A prisão civil como meio coercitivo*. Disponível em: http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/143282/A_PRISAO_CIVIL_COMO_MEIO_COERCITIVO. Acesso em 18 ago. 12.

_____. A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros. In.: *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Coord. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora RT, 2004.

_____. *A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica*. Disponível em: http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/142826/A_INTERVENCAO_JUDICIAL_E_O_CUMPRIMENTO_DA_TUTELA_ESPECIFICA. Acesso em 18 ago. 12.

_____. *A doutrina brasileira da multa coercitiva: três questões ainda plêmicas*. Disponível em: http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/143280/A_DOCTRINA_BRASILEIRA_DA_MULTA_COERCITIVA_-_TRES_QUESTOES_AINDA_POLEMICAS. Acesso em 18 ago. 12.

ASCARELLI, Tullio. *Problema das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 1999.

ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. São Paulo: Editora RT, 2009.

ATAIDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *A multa coercitiva como crédito do estado*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

BALEOTTI, Francisco Emilio. Extensão dos poderes do juiz na execução. In.: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, set. 2011. vol. 199.

BARRETO FILHO, Oscar. Estrutura administrativa das sociedades anônimas. In.: *Doutrinas essenciais: direito empresarial*. Org.: Arnaldo Wald. São Paulo: RT, 2011. vol. 3.

BEALE JR., Joseph H. *Contempt of court, criminal and civil*. In.: Harvard Law Review, Vol. 21, nº 3, 1908. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1324863> . Acesso em 3 ago. 12.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. São Paulo: RT, 2009.

BOOM, Willem H. van. Comparative notes on injunction and wrongful risk-taking. *In.: Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2010, v. 17. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1663216. Acesso em 06 nov. 12.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direitos societário*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

BRUNETTI, Antonio. *Trattato del diritto della società*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1943. vol. 1.

BULGARELLI, Waldírio. *A teoria jurídica da empresa*. São Paulo: RT, 1985.

_____. *Manual das sociedades anônimas*. São Paulo: Atlas, 1998.

CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfico Argentina, 1945.

CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil. *In. Revista de Processo*. Trad. Sérgio Cruz Arenhart. São Paulo: RT, 2011. vol. 192.

CARPENA, Márcio Louzado. Os poderes do juiz no common law. *In: Revista de Processo*. São Paulo: RT, fev. 2010. vol. 180.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 2.

CHABAS, François. L'astreinte em droit français. *In: Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*. São Paulo: RT, jun. 2011. vol. 2.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de falências e de recuperação de empresas (Lei n. 11.101, de 9-2-2005)*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Manual de direito comercial: Direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina, *Sociedade anônima*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo J. C.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: execução*. Bahia: Editora Jus Podivm, 2010. vol. 5.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. vol. 1.

DINIZ, Gustavo Saad. *Responsabilidade dos administradores por dívidas das sociedades limitadas*. Porto Alegre: Síntese, 2004.

DOBBS, Dan B. *Law of remedies: damages - equity - restitution*. St. Paul: West Group, 1993.

Encyclopædia Britannica Concise. Disponível em: <http://www.merriam-webster.com/concise/contempt>. Acesso em 20 nov. 12.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: RT, 1998.

GARRIGUES, Joaquín. *Problemas atuais nas sociedades anônimas*. Trad.: Norberto da Costa Caruso McDonald. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1982.

GERHARD, Frank. The extraterritorial judicial penalty - new instrument for the transnational enforcement of extraterritorial injunctions? *In.: Yearbook of private international law*. Ed.: Petar Sarcevic e Paul Volken. Germany: European Law Publishers, 2001. vol 3.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Administração da falência, realização do ativo e pagamento dos credores. *In.: A nova Lei de falências e de recuperação de empresas - Lei nº 11.101/05*. Coord. Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Lições de direito societário*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

_____. *Manual das companhias ou sociedades anônimas*. São Paulo: RT, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o contempt of court. *In: Revista de Processo*. São Paulo: RT, abr. 2001. vol. 102.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1999.

Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração. Disponível em: http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/notas_imprensa/2000-1/guia1. Acesso em 7 out. 12.

HOVENKAMP, Herbert. *The antitrust enterprise: principle and execution*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

KAPLOW, Louis; SHAPIRO, Carl. *Antitrust*. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w12867>. Acesso em 08 out. 12.

KENNEDY, Kevin C. *Equitable remedies and principled discretion: the Michigan experience*. University of Detroit Mercy Law Review. Vol. 74, 1997. p. 653. Disponível em: <http://digitalcommons.law.msu.edu/facpubs/33/>. Acesso em 8 ago. 12.

LANDO, Henrik; ROSE, Caspar. *On the enforcement of specific performance in Civil Law countries*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32977-41266-1-PB.pdf>. Acesso em 07 nov. 12.

LAUTENSCHLEGER JR., Nilson. Relato breve sobre Walter Rathenau e sua obra: “A Teoria da Empresa em Si”. In.: *Revista de direito mercantil*. São Paulo: Malheiros, out-dez. 2002. vol. 128.

LIVINGSTON, Margit. *Disobedience and contempt*. *Washington Law Review*, abr. 2000. vol. 75.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1968.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo Lopes. *Empresa e Propriedade – função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2010. vol.1.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2010. vol. 2.

_____. *Curso de Processo Civil: Processo cautelar*, 2011. vol. 4.

_____. *Curso de Processo Civil: Procedimentos especiais*, 2012. vol. 5.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. São Paulo: RT, 2011.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Editor Borsoli, 1970. tomo 1.

MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010. vol. 1

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tendências na execução de sentença e ordens judiciais*. São Paulo: Saraiva, 1989.

MOTTA, Massimo. *Competition Policy: theory and practice*. New York: Cambridge University Press, 2009.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea e direito societário: poder de controle e grupos de sociedade*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

RATHENAU, Walter. Do sistema acionário - uma análise negocial. In.: *Revista de direito mercantil*. São Paulo: Malheiros, out-dez. 2002. vol. 128.

RENDLEMAN, Doug. Measurement of Restitution: Coordinating Restitution with Compensatory Damages and Punitive Damages. Disponível em: <http://law.wlu.edu/deptimages/law%20review/68-3n.7Rendleman.pdf>. Acesso em 8 ago. 12.

REQUIÃO, Rubens. *Aspectos modernos do direito comercial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1976-1980. vol. 2.

_____. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 1.

_____. *Curso de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 1.

RICHARD, Efraín Hugo; MUIÑO, Orlando Manuel. *Derecho societário*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998.

SÁ, Fernando. Considerações sobre a multa cominatória na jurisprudência francesa e brasileira. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, fev. 2011. vol. 192.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SCHMIDT JR. Roberto Eurico. *O novo processo civil*. Curitiba: Juruá, 1995.

SILVA, Alexandre Couto. *Responsabilidade dos administradores de S/A: business judgement rule*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária*. 2. ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1997.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Editor Sergio Antonio Fabris, 1987. vol. 1.

_____. *Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais*. São Paulo: RT, 1998, vol. 2.

SILVA, Ricardo Alexandre da. *Condenação e Cumprimento de Sentença*. São Paulo: Conceito editorial, 2012.

SZTAJN, Raquel. Sobre a desconsideração da personalidade jurídica. In: *Doutrinas essenciais de direito civil*. São Paulo: RT, out. 2010. vol. 3.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*. São Paulo: RT, 2003.

TARUFFO, Michele. *A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos*. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, jul-set. 1990. vol. 59.

TARUFFO, Michele; HAZARD JR. Geoffrey C. *American civil procedure: an introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: processo de execução e procedimento cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. vol. 2.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. São Paulo: Atlas, 2011. vol. 1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *O Contempt of Court na recente experiência brasileira - Anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, jan. 2005. vol. 119.

_____. Inconstitucionalidade da prisão civil prevista no art. 885 do Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, jul. 1990. vol. 59.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: processo de execução*. Coord.: Luiz Rodrigues Wambier. 9ª Ed. São Paulo: RT, 2007. vol. 2.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NETTO, José Manoel Arruda Alvim. O grau de coerção das decisões proferidas com base em prova sumária: especialmente, a multa. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, dez. 2006. vol. 142.

ZARONI, Bruno Marzullo. Contempt of court e a aplicação dos meios de execução indireta em face dos dirigentes da pessoa jurídica como meio de efetivação das decisões: Direito comparado e técnica processual. In.: *Genesis Revista de Direito Processual*. Curitiba: Gênesis, abr.-jun. 2005. vol. 36.

ZARONI, Bruno Marzullo. *Efetividade da execução por meio de multa: a problemática em relação à pessoa jurídica*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.